El enjuiciamiento civil y penal, hoy. IV Memorial Manuel Serra Domínguez

Manuel Cachón Cadenas

Vicente Pérez Daudí

(Coordinadores)

El enjuiciamiento civil y penal, hoy. IV Memorial Manuel Serra Domínguez

Atelier
LIBROS JURÍDICOS

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2019 Los autores

© 2019 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-17597-59-7

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Índice

NOTA PREVIA 13

I
¿SIGUEN SIENDO ÚTILES LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL?

1. Conceptos fundamentales del Derecho Procesal. Sobre su utilidad actual 17
   Manuel Ortells Ramos
2. Sono ancora utili i concetti fondamentali del Diritto Processuale? 43
   Giampiero Balena
3. La persistente actualidad de los pilares del Derecho Procesal 49
   Prof. Dr. Luca Lupária
4. El concepto en el Derecho Procesal. Clave del sistema 61
   José María Asencio Mellado
5. Vigencia y utilidad del concepto de jurisdicción. Una aproximación desde el proceso civil 79
   Juan F. Herrero Perezagua

II
LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: ¿ES NECESARIO MENOS PROCESO?

1. Métodos alternativos de resolución de conflictos ¿es necesario menos proceso? . . 97
   Raquel Castillejo Manzanares
2. Justicia restaurativa y mediación penal ¿menos proceso en interés de la víctima? . . 125
   Mª Isabel González Cano

3. La revisión judicial sobre el fondo del laudo: ¿hasta qué punto es lícito y conveniente llegar? 157
Guillermo Ormazabal Sánchez

4. Necesitamos un proceso mejor, no menor 179
José Bonet Navarro

5. Decálogo para la obtención de una administración de justicia con menos proceso judicial y más medios complementarios de resolución extrajudicial de litigios 187
Fernando Martín Diz

III
PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS CONSUMIDORES

1. Vinculación de procesos por acciones colectivas e individuales de los consumidores en materia de condiciones generales de la contratación 209
Carmen Senés

2. El procedimiento arbitral de consumo tras la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo 229
Esther Pillado González

3. Acuerdos colectivos y protección de los consumidores. 245
Lorenzo M. Bujosa Vadell

4. La protección procesal de los consumidores en el sector bancario. Especial referencia a los intereses de demora, los gastos de apertura de la hipoteca tras las reciente polémica acerca del IAJD y las hipotecas multidivisa. 269
Prof. Dr. David Vallespín Pérez

5. La combinación entre actuación pública regulatoria y reclamaciones posteriores de daños: ¿una alternativa a la tormentosa relación entre acciones colectivas y acciones individuales en materia de consumo? 287
Fernando Gascón Inchausti

IV
LA PRUEBA PROCESAL A EXAMEN

1. Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso. 311
Joan Picó i Junoy

2. Efecto vinculante de la declaración de hechos probados de la Sentencia penal en un proceso posterior 321
José Martín Pastor

3. Propuesta de reforma de la normativa reguladora de la carga de la prueba contenida en la LEC 345
Dr. Ramon Escaler Bascompte

V
EL PROCESO PENAL: A LA BÚSQUEDA DEL TIEMPO PERDIDO

1. La pérdida de potestades del Juez de Instrucción en la investigación de los delitos 371
Víctor Moreno Catena

2. El Ministerio Fiscal al servicio de la justicia 399
José Martín Ostos

3. ¡Giudicare, non punire! 411
Juan Damián Moreno

4. El proceso penal: a la búsqueda del tiempo perdido 423
Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol

5. La acción de la Unión Europea en materia de garantías procesales. Su influencia en la legislación española 433
Coral Arangüena Fanego

6. La instrucción como falsa «primera instancia» del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo 453
Jordi Nieva Fenoll

VI
COMUNICACIONES

1. Notas de aproximación a la *suspensão provisória do processo* como marco de posibilidad para la Justicia restaurativa en el sistema español 473
Cristina Alonso Salgado

2. El deber de denunciar del árbitro 485
D. José Caro Catalán

3. La deriva de la prueba ilícita en la jurisprudencia (a raíz de la admisión de listas de evasores fiscales) 495
Ana E. Carrillo del Teso

4. La jurisdicción universal 509
Elisabet Cueto Santa Eugenia

5. Prueba penal transfronteriza: denegación del reconocimiento y ejecución e la orden europea de investigación en España 521
Lidia Domínguez Ruiz

6. Decomiso ampliado y presunción de inocencia 535
Tomás Farto Piay

7. Nueva iniciativa de la Comisión Europea para extender las competencias de la Fiscalía Europea a los delitos de terrorismo transfronterizos: entre el deseo y la realidad de una Europa más segura 549
Francisco Salvador Gil García

8. Una nueva iniciativa europea para el acceso transfronterizo a pruebas penales electrónicas: las órdenes europeas de entrega y conservación 565
Luis Gómez Amigo

9. ¿Por qué seguimos necesitandola prueba testimonial?. 579
María de los Ángeles González Coulon

10. Medidas de protección frente a la victimización secundaria derivada de la declaración de la víctima en el proceso penal. 589
Pablo Grande Seara

11. Cesión y utilización de datos personales en el ámbito de la Orden Europea de Investigación 603
María Elena Laro González

12. Repensando el sistema penal en torno a la idea de una justicia alternativa 617
Marcos Loredo Colunga

13. Sobre la actualidad y utilidad de los conceptos fundamentales del Derecho procesal 633
Prof. Dr. Manuel Lozano-Higuero Pinto

14. Notas sobre la recuperación del tiempo perdido respecto al proceso penal y los senderos para su búsqueda 643
Prof. Dr. Manuel Lozano-Higuero Pinto

15. La mediación como herramienta para facilitar su participación en la Administración de justica a las víctimas con discapacidad 651
Tamara Martínez Soto

16. Acciones colectivas y propuestas de reforma 661
Francisco Ortego Pérez

17. La ilicitud de la prueba obtenida en el proceso penal vulnerando el derecho fundamental a la protección de los datos personales. 671
Miren Josune Pérez Estrada

18. Reflexiones sobre la incardinación de la Fiscalía Europea en el ordenamiento procesal español. 681
Mª Ángeles Pérez Marín

19. La regulación del convenio arbitral tras su reforma 693
Prof. Dr. Enrique César Pérez-Luño Robledo

20. Una breve aproximación a la regulación sobre el acceso a las fuentes de prueba en el marco de un procedimiento de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia 701
Mercedes de Prada Rodríguez / *Fernando Díez Estella*

21. Requisitos de la vinculación de la resolución prejudicial civil en el proceso civil . . . 709
Dra. Núria Reynal Querol

22. La protección del arrendatario en situación de especial vulnerabilidad y en riesgo de exclusión social en el juicio de desahucio de vivienda arrendada por falta de pago 721
Ana M. Rodríguez Tirado

23. (De)Construcción de la «jurisdicción voluntaria». 735
Alba Rosell Corbelle

24. Con la venia del algoritmo 751
Pedro Ruiz Soto

25. Sustitución procesal, sí; preterición procesal, no 755
Bárbara Sánchez López

26. ¿Nuevas pruebas, viejos criterios? Hacia una modernización de las reglas de admisibilidad probatoria 769
Ana Sánchez Rubio

27. La efectividad de la derivación de la controversia a la mediación en los juicios familiares en el Estado de Nuevo León, México 783
Rubinia Teresa Sandoval Salazar

28. La asunción de la instancia y la práctica del reenvío en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 797
Guillermo Schumann Barragán

29. Falta de prueba del derecho extranjero: respuesta ordinaria y respuesta que procede en supuestos excepcionales 811
Julio Sigüenza López

30. La inadmisión del amparo por motivos formales supone la inadmsión de la demanda ante el TEDH: ¿Nulidades procesales desprovistas de protección en Estrasburgo? 825
Dra. Estela Yélamos Bayarri

Nota previa

Este libro contiene las ponencias y comunicaciones presentadas en el IV Memorial Manuel Serra Domínguez, celebrado los días 11 y 12 de noviembre en la Universidad Autónoma de Barcelona.

Los cinco primeros apartados se corresponden con las cinco mesas redondas que se desarrollaron en estas Jornadas.

El sexto apartado incluye las comunicaciones remitidas. Teniendo en cuenta la notable variedad de los temas tratados, las comunicaciones aparecen dispuestas siguiendo el orden alfabético de los respectivos autores.

Manuel Cachón Cadenas
Vicente Pérez Daudí

I. ¿SIGUEN SIENDO ÚTILES LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL?

1 | Conceptos fundamentales del Derecho Procesal. Sobre su utilidad actual

Manuel Ortells Ramos
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

I. ¿Siguen siendo útiles los conceptos fundamentales del Derecho Procesal?

El tema planteado como objeto de reflexión se ha enunciado con la pregunta del epígrafe. De entrada, esa pregunta encierra problemas en todos los componentes de su formulación.

Sin pretensiones de exhaustividad, se pueden explicitar algunos de los interrogantes que suscita: ¿Qué se entiende por conceptos fundamentales del Derecho Procesal? ¿Cuáles son esos conceptos? ¿Qué significa su utilidad? ¿Fueron útiles en algún momento, en el sentido de que eran considerados, encuadraban, eran punto de referencia en las reflexiones y en los debates sobre materias procesales? ¿Ha dejado de ser así? ¿En qué consiste, si es el caso, su pérdida de utilidad actual? ¿En que no se presta atención a los conceptos fundamentales tal como eran entendidos en cierto momento, porque han sido sustituidos por otro modo de concebirlos? ¿O más bien significa que las reflexiones y debates sobre temas procesales fundamentales se desarrollan con métodos que prescinden de la utilización de conceptos fundamentales?

Se comprenderá que es un programa imposible de asumir en toda su extensión. Especialmente sería muy exigente responder a la última pregunta, porque remite a la cuestión del método, si se sigue alguno y cuál, en las reflexiones y debates sobre los temas fundamentales del Derecho procesal, o si prepondera el que alguien llamó «metodo del non so come».

Entre nosotros la cuestión del método no preocupa o, al menos, no se hace explicita la preocupación por la misma, como tampoco el método seguido. No

es extraña la tendencia a mezclar los enfoques metodológicos, combinando los que tienen como objetivo la interpretación de las disposiciones normativas y la investigación integradora del Derecho, los que utilizan conceptos sin hacer cuestión de su radicación normativa, los que persiguen explicar la interacción entre normas y realidad social y los que se proponen determinar cuál debería la más perfecta ordenación jurídica de determinada materia.

Aunque no me atrevo a pronunciarme sobre si los conceptos fundamentales y su construcción juegan un importante papel en el método que actualmente seguimos los procesalistas españoles, porque las opciones metodológicas no son claras, sí que me voy a permitir un apunte sobre cuya corrección creo que podremos convenir.

Unos conceptos fundamentales, antiguos o nuevos, un método que opere con los mismos, siguen siendo útiles. Si por conceptos fundamentales se entiende construcciones intelectuales dotadas de un alto grado de abstracción y generalidad, a las que debería añadirse —dado que utilizamos la expresión en un contexto jurídico— una característica de cierta efectividad normativa, los conceptos fundamentales no solo son útiles, sino que han adquirido la mayor importancia en el Derecho Procesal actual.

En efecto, las cuestiones básicas del Derecho Procesal, que son las que constituyen objeto de sus conceptos fundamentales, son actualmente tratadas y resueltas por tribunales que juzgan con arreglo a unos parámetros normativos que no son —o no son sólo y fundamentalmente— normas jurídicas de estructura tradicional —es decir, reglas, más o menos detalladas, con supuesto de hecho y consecuencia jurídica—, sino normas que proclaman derechos humanos o derechos fundamentales, normas «principiales»,[1] o principios jurídicos. Ese es el caso del Tribunal Constitucional y de los imperativos constitucionales que está llamado a concretar.[2] También el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la estructura de muchas normas de los Tratados y de disposiciones de Derecho derivado, como las directivas, respecto de las que ha de verificar si las formas y medios elegidos por los Estados son adecuadas para cumplir el resultado al que obliga la disposición. Es igualmente el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas resoluciones trascienden de tecnicismos, tanto en la identificación del acto de violación del derecho fundamental —sea una norma que impone o autoriza esa violación, la violación de una norma que protege ese derecho o la falta de seguimiento de una jurisprudencia interna que haya perfeccionado la tutela normativa del derecho—, como en

1. Diez-Picazo Ponce de León, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Madrid, 1973, p. 207.

2. *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional* (1981-2004), Thomson-Aranzadi, 2005, que codirigí con Isabel Tapia, ofrece muchas muestras del valor de los conceptos fundamentales.

el propio pronunciamiento del tribunal que sólo determina si la lesión del derecho fundamental existe y por qué, sin decisiones sobre la validez o eficacia jurídica del acto que la hubiera causado.[3] Por fin, aunque no se trate de un órgano jurisdiccional, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su función de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puede conocer comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto —entre ellos los que se refieren a la relación de las personas con los tribunales de justicia— y, como conclusión de un procedimiento, puede presentar presentará observaciones sobre el caso denunciado.[4] Estos tribunales y el Comité, precisamente por la calidad de los parámetros normativos que deben aplicar, operan necesariamente con conceptos generales. Otra cosa es que los conceptos que formulan difieran de los conceptos fundamentales tradicionales, bien porque son otros los temas que se consideran fundamentales, bien porque dan un contenido distinto a los conceptos referidos a los temas fundamentales tradicionales.

En los apartados que siguen me referiré a algunos conceptos fundamentales tradicionales del Derecho Procesal y al tratamiento que, en mi opinión, les dispensa nuestra literatura jurídica procesal. Ese tratamiento es, para algunos de esos conceptos, descuidado; para otros, injustamente despectivo; para unos terceros, erróneamente reverencial.

II. Algunos conceptos fundamentales descuidados

1. El concepto de Derecho Procesal es, sin duda, un concepto fundamental

La determinación de qué es el Derecho Procesal debería ser una muestra señera de la construcción de un concepto fundamental y de la utilidad del mismo.

Si más allá de lo que se dice en las obras generales de nuestra disciplina,[5] atendemos a la producción bibliográfica de los juristas académicamente califica-

---

3. Buena muestra de los resultados de la actividad de este Tribunal en materia procesal pueden encontrarse en el *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, accesible en https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/b7e56970-383b-11e6-a825-01aa75ed71a1/language-es

4. Ampliación de la información en http://www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteDerechosHumanos-CCPR.htm

5. Incluso en esas obras pueden observarse diferencias al establecer, en los capítulos de apertura, los temas básicos de la materia en estudio. Así, p. ej., la referencia a los modos no jurisdiccionales de resolución de controversias, justificada por la imposibilidad o la dificultad de la justicia estatal de asumir su función con la amplitud necesaria, en RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil*, I, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 444-559, NIEVA FENOLL, J., *Derecho procesal*, I, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 20-24, no aparece en otros autores, que centran la atención en el Derecho procesal

bles como procesalistas, llegamos a la conclusión de que, ya respecto de este concepto fundamental, existe discordancia, si bien la misma no se formula explícitamente y, por tanto, no hay debate sobre ella.

Los procesalistas han asumido como propio el estudio, no sólo del arbitraje, sino también de la mediación y, en general, de los modos no jurisdiccionales de solución de las controversias jurídicas.

Como es lógico, nada puede objetarse a que los juristas delimiten el objeto de su estudio y de su investigación del modo que consideren más acertado. No obstante, sí que debe hacerse notar que la opción que se refleja en una extensa producción escrita y en una amplia atención en las reuniones científicas significa una toma de postura sobre el concepto de Derecho Procesal. Éste sería el Derecho rector de la solución de controversias jurídicas y no solo, más estrictamente, el Derecho rector de la jurisdicción y de los derechos de las personas respecto de la misma.

Conceptualmente la diferencia es extraordinaria, porque el Derecho de solución de controversias jurídicas que no verse sobre la solución de las mismas por la jurisdicción propia de un poder público es, sustancialmente y con toda la complejidad que se quiera, una manifestación de la autonomía de la voluntad proyectada sobre los intereses en juego en situaciones de controversia. Consiguientemente, una materia propia del Derecho privado, en especial del Derecho de contratos. Y eso debe tener implicaciones sobre el método correcto para su estudio y para la aplicación de sus normas.

Personalmente, considero más correcto acotar el Derecho procesal a la solución de controversias jurídicas mediante la potestad jurisdiccional, como potestad jurídico pública, respecto de la cual las personas tienen derecho a obtener tutela. Las siguientes consideraciones sobre conceptos fundamentales se moverán en el ámbito de este último concepto de Derecho procesal.

2. Los conceptos fundamentales relativos a la jurisdicción

El concepto de jurisdicción está integrado, a mi juicio, por otros dos conceptos fundamentales, el de órgano jurisdiccional y el de potestad jurisdiccional. Para

---

como Derecho de la función jurisdiccional del Estado —así, De la Oliva Santos, A., en De la Oliva et alt., *Derecho procesal. Introducción*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 21-23; Cordón Moreno, F., *Introducción al Derecho Procesal*, EUNSA, Navarra, 1994, pp. 19-20; Gimeno Sendra, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 402-405; Cortés Domínguez, V., en Cortés Domínguez, Moreno Catena, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 21-23.

la construcción de los mismos hay que tener presentes, sin duda, reflexiones de muy diversa procedencia geográfica e histórica, pero parece razonable sostener que la construcción acabada de esos dos conceptos ha de satisfacer las exigencias de comprensión y aplicación de la Constitución española y servir para detectar desviaciones de la misma en la ordenación legal de la materia.

Cuando considero descuidados estos dos conceptos fundamentales lo hago por entender que los procesalistas españoles, salvo excepciones, no han profundizado en su radicación constitucional, ni han prestado suficiente atención crítica a reformas y proyectos de reforma que han afectado a estas dos piezas esenciales de la jurisdicción.

A) Vientos de cambio sobre en qué consiste la independencia del juez

La independencia del juez es uno de los requisitos del órgano jurisdiccional, el fundamental de todos ellos.[6]

Del complejo entramado de normas referidas a la independencia judicial y que, siguiendo el método que estimo correcto, deben tenerse en cuenta para establecer el concepto de independencia judicial, centro ahora la atención en aquellas normas que determinan en qué consiste esa independencia en lo que respecta a las relaciones entre órganos jurisdiccionales, en especial si estos son de diferente grado.

Esta faceta del concepto de independencia judicial ha sido, en el contexto del ordenamiento español, entendida y normativamente protegida (art. 12 LOPJ) como una posición de inexistencia de vinculación de un órgano jurisdiccional a las resoluciones de otro órgano jurisdiccional, salvo que éste resuelva un recurso legalmente previsto contra resoluciones dictadas por el primero y, yo añadiría, también salvo la vinculación a la cosa juzgada.

Esta faceta del concepto fundamental ha estado y continúa estando expuesta a cambios. Proyectos normativos, normas que han estado en vigor y normas que siguen vigentes atribuyen a la doctrina jurisprudencial (jurisprudencia, precedentes) establecida por algunos órganos jurisdiccionales de más alto grado un valor jurídico general, adicional a la eficacia de la sentencia que, al resolver un concreto medio de impugnación, ha sentado esa doctrina, jurisprudencia, o precedente.

---

6. Sobre el conjunto de los requisitos del órgano jurisdiccional y su interrelación, Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999, pp. 19-56; para una actualización, Ortells Ramos, M., en Ortells Ramos et alt., *Introducción al Derecho Procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 55-107.

A mi juicio, no producen este cambio ni las normas que imponen a un órgano jurisdiccional que motive su divergencia con los precedentes (p. ej., art. 264 LOPJ), tampoco las normas que establecen que esa divergencia es presupuesto para que el asunto pueda acceder al Tribunal Supremo (p. ej., art. 477.3 LEC). La quiebra sólo tiene lugar si las normas netamente establecen la vinculación al precedente, sin otra posibilidad de desvinculación más que la de razonar que el caso es diferente, lo que, a poco que se piense, no significa negar la eficacia vinculante del precedente, sino simplemente constatar que no es aplicable al caso considerado.

Un cambio —o un posible cambio— de esa entidad en el concepto de la independencia judicial ha tenido, entre nosotros, tres manifestaciones recientes.

1ª) Un proyecto de reforma de las leyes procesales básicas y de la LOPJ del año 2006,[7] del que ahora sólo destacaré el nuevo apartado que pretendía introducir en el art. 5 LOPJ, que disponía lo siguiente: «Los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo».

2ª) El modo en el que el TC juzgó la cuestión de inconstitucionalidad del hoy derogado artículo 100.7 LJCA.

La STC 37/2012, 19 de marzo, declaró que una norma como la del art. 100.7 LJCA no vulneraba la independencia judicial, a pesar de que esa norma sometía a todos los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo a la «doctrina legal» formulada por algunos altos órganos jurisdiccionales al resolver un recurso llamado «en interés de la ley» y publicada en el BOE.

El TC fundó esta conclusión en diversos argumentos. Unos son secundarios, como la excepcionalidad de esta clase de normas y su idoneidad para preservar valores constitucionales, como los de igualdad y de seguridad jurídica. El argumento principal es que la «doctrina legal» establecida constituye una concreción vinculante del propio precepto legal interpretado, «una interpretación que se incorpora al precepto mismo». En palabras llanas: esa «doctrina legal» es como la propia ley interpretada, por eso el TC admite que el tribunal que deba aplicar la «doctrina legal» pueda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del bloque integrado por el precepto legal interpretado y por su interpretación vinculante «doctrina legal».

---

7. Sobre este proyecto, Ortells Ramos, M., «Una nueva reforma de la casación civil española», *Revista General de Derecho Procesal*, iustel.com, n.º 11, enero 2007, pp. 19-36.

Si las cosas fueran como dice el TC, poco habría que esforzarse para explicar qué ha cambiado en cuanto a la esencia de la independencia judicial. Otra cosa serían los cambios en el concepto de ley. En efecto, si se acepta la fundamentación del TC, la independencia judicial en nada habría cambiado, porque el juez continuaría sujeto sólo a la ley y al Derecho, sólo que debería entenderse que también es ley la «doctrina legal» fijada por algunos altos tribunales al resolver determinados recursos.

Disposiciones con un contenido similar al derogado art. 100.7 LJCA, aunque con expresión diferente, son el art. 4bis.1 LOPJ, que impone a los tribunales que apliquen el Derecho de la Unión Europea «de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», y el art. 5.1 LOPJ, que les imponen que apliquen las normas infra-constitucionales no sólo según la CE, sino específicamente conforme a la interpretación de la misma «que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» y no sólo en los que deciden sobre la constitucionalidad de disposiciones legales.

3ª) En 2011 y 2014 hubo dos intentos de reforma —el primero apenas inició la tramitación parlamentaria y el segundo no pasó de anteproyecto—[8] uno de cuyos objetivos era facilitar la previsibilidad de las respuestas judiciales en primera instancia. 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 dictaran estos órganos vinculantes, en principio, para los jueces de la sala o sección cuando tuvieran que resolver casos iguales.

En lo informes preceptivos del CGPJ [9] esta parte de la reforma proyectada mereció una valoración de inconstitucionalidad por contraria a la independencia del juez. En efecto, en la ordenación proyectada de los tribunales de instancia

---

8. 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/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_144-01.PDF—. Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial —accesible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288788483261/Detalle.html-.

9. 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/-, pp. 46-49 y 70-71, considera, en efecto, inconstitucional la regulación del art. 94 del Anteproyecto de Ley. 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 -, pp. 53-64.

el órgano jurisdiccional vinculado —juez unipersonal destinado en una sección de esos tribunales— no era el mismo que el que había creado el precedente —pleno de la sección del tribunal de instancia— y, además, para desvincularse no le bastaba con motivar la diferencia de los casos —lo que realmente no significa desvinculación—, sino que la norma imponía, también, que la divergencia estuviera amparada por criterios establecidos por un tribunal de grado superior, de modo que la vinculación a un criterio jurisprudencial (el de la sección del tribunal de instancia) sólo podía eludirse aceptando la vinculación a otro criterio de la misma naturaleza (el de un tribunal de grado superior).

B) El concepto de potestad jurisdiccional y sus transformaciones normativas

Según el art. 117.3 CE, la potestad jurisdiccional solo puede ser válidamente atribuida a órganos jurisdiccionales. Parece, pues, que el de potestad jurisdiccional es uno de los conceptos fundamentales al que los procesalistas españoles deberían haber dedicado, y seguir dedicando, gran atención.

No han faltado páginas dedicadas a la jurisdicción como actividad, a la función de la jurisdicción. Mi crítica, en esta materia, es que, al construir el concepto de potestad jurisdiccional — expresión que debería ser acuñada, pero cuyo uso no es frecuente— el discurso tiende a moverse en un plano puramente doctrinal, sin conceder la relevancia debida a los condicionamientos constitucionales del concepto y sin prestar suficiente atención al examen crítico de normas que, aunque no versen explícitamente sobre la actividad de los tribunales, implican, o hay razones para analizar si lo hacen, una atribución inconstitucional de la potestad jurisdiccional.

Una construcción rigurosa de este concepto resulta especialmente necesaria cuando el legislador ordinario es activo e innovador en la atribución a quienes no son jueces de funciones que tradicionalmente estaban atribuidas a estos últimos.

Por sistematizar estas tendencias de cambio que se observan en la obra del legislador, distinguiré las que afectan a la potestad jurisdiccional como potestad de resolución sobre objetos litigiosos y las que se proyectan sobre la misma en cuanto potestad de dirección procesal y potestad de ejecución.

a) Excesos de la potestad de autotutela de las administraciones públicas. La debilitación del criterio de la cosa juzgada

En mi opinión,[10] las aportaciones de los administrativistas para delimitar el alcance de la potestad de autotutela de las administraciones públicas no han recibido, por parte de los procesalistas, ni suficiente consideración, ni colaboración para identificar excesos que, en definitiva, significan, precisamente, atribuciones ilegítimas de potestad jurisdiccional.

De estos excesos ha habido notables ejemplos históricos[11] y hay alguna manifestación actual, rodeada, eso sí, de cierto disimulo. Es el caso de las potestades de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para ordenar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la retirada de contenidos lesivos de derechos de propiedad intelectual. De la regulación, que explico en otro lugar, [12] se deduce que, para el legislador, lo único que la CE reserva a los órganos jurisdiccionales es la tutela de los derechos fundamentales —en el caso, los derechos de libertad de expresión y de libre comunicación de la información, cuyas eventuales violaciones examinará el órgano jurisdiccional que controla, antes de su ejecución, los actos administrativos de cierre o interrupción del servicio—, no así la resolución sobre una controversia de Derecho privado, que indudablemente subyace a la consideración como lesiva, y por tanto ilícita, de la acción de alojar determinados contenidos y posibilitar el acceso a los mismos. Estas valoraciones han sido realizadas por la Comisión y subyacen al acto administrativo de ordenar la retirada o la interrupción del servicio.

Es cierto que tampoco el TC se ha pronunciado con frecuencia sobre en qué consiste la potestad jurisdiccional y sobre la legitimidad constitucional de su atribución.

En el caso de la STC 146/1996, de 19 de septiembre, el tema sólo se planteó de manera colateral y el TC no se enfrentó con él. Se limitó a constatar que la atribución a los tribunales de unas competencias que antes correspondían a un órgano administrativo (el Jurado Central de Publicidad) no invadía las competencias de una Comunidad Autónoma en materia de régimen de la publicidad, sino que se basaba en las competencias estatales en materia de Administración de Justicia y legislación procesal.[13]

---

10. Es un tema que me ha preocupado desde hace tiempo; ampliamente Ortells, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 57-94; 19-56; para una actualización, Ortells, en Ortells Ramos et alt., *Introducción*, ed. 2018, pp. 117-132.

11. Ortells, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 89-93.

12. Ortells, en Ortells Ramos et alt., *Introducción*, ed. 2018, pp. 131-132.

13. Ortells, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 92-93.

La STC 121/1992, de 28 de septiembre, sobre la inconstitucionalidad de disposiciones de la Ley de Arrendamientos Históricos de la Comunidad Valenciana, que atribuía a la Administración la declaración de qué arrendamientos tenían esa naturaleza —con las correspondientes consecuencias en su régimen de Derecho privado—, eludió examinar la naturaleza de la potestad atribuida a la Administración, limitándose a anular las disposiciones de la ley que encomendaban el control jurisdiccional del ejercicio de la misma a los tribunales del orden contencioso-administrativo. El voto particular del magistrado Gabaldón López fue, a mi juicio, más coherente y, tras examinar, la naturaleza de la potestad atribuida, concluyó su carácter jurisdiccional y su ilegitima atribución.[14]

Recientemente, la STC 85/2018, de 19 de julio, ha declarado la inconstitucionalidad de artículos de la Ley Foral navarra 16/2015, de 10 de abril, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos, específicamente de los artículos que regulan las funciones y atribuciones de la Comisión de Reconocimiento y Reparación por considerar que constituyen atribución de potestad jurisdiccional, que solo a los tribunales puede encomendarse.[15] La sentencia cuenta con un voto particular disidente del magistrado Xiol Ríos.[16] Es una nueva invitación a que los procesalistas nos apliquemos a la construcción del concepto de potestad jurisdiccional.

---

14. Ortells, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 91-92

15. Merece destacarse el Fj 6º de la STC 85/2018: «el legislador foral no se ajusta a los parámetros que se han expuesto y ha sobrepasado con ello los límites constitucionales, al atribuir a la comisión que crea la ley impugnada, la potestad de investigar y apreciar en plenitud por sí misma, al margen del Poder Judicial y sin vocación alguna a la institución del proceso, hechos en apariencia delictivos. Se ha venido a establecer un procedimiento de investigación sustraído al Poder Judicial, que podría desplegarse incluso en caso de resoluciones judiciales firmes. La norma no contiene previsión alguna que evite la coincidencia material entre hechos susceptibles de ser investigados penalmente con la indagación acerca de lo que considera hechos determinantes de daño indemnizable. Tal procedimiento de indagación pública, con la consiguiente sujeción a ella de cualesquiera personas (art. 3.6), y la pretensión de presentar como verdad jurídica sus resultados [arts. 3.1 y 7 y 6.2 b), en relación con el artículo 1.2 a)], son incompatibles, en tanto que los suplanta, con la dirección o el control que corresponde al Poder Judicial en la averiguación del delito y en el descubrimiento del delincuente, con el riesgo añadido de conculcar derechos fundamentales de todos cuantos pudieran verse sometidos o expuestos al escrutinio de la Comisión y a su «fijación … de los hechos» (art. 3.1). Se interfiere así con el sistema de justicia penal constitucionalmente configurado y se menoscaba el principio de reserva de jurisdicción consagrado en el artículo 117 CE, vinculado al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye. (…) En conclusión, la regulación de las competencias y funcionamiento de la Comisión comporta la atribución a este órgano ad hoc de una función materialmente jurisdiccional, con lo que se invaden unas funciones que, en exclusiva, corresponden a la autoridad judicial (art. 117 CE), en su caso al Ministerio Fiscal (art. 124 CE) y a la policía judicial (art. 126 CE), dado que, como hemos indicado anteriormente, las conductas a las que refiere el ámbito de actuación de la Comisión se encuentran tipificadas en el Código penal».

16. Sus argumentos básicos son que existe una reserva constitucional del orden jurisdiccional penal para el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en la imposición de sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad, también un principio constitucional de preferencia del orden jurisdiccional penal en materia sancionadora, pero carece de todo fundamento constitucional la supuesta reserva jurisdiccional absoluta en favor del orden penal para la investigación de hechos delictivos.

Hay un amplio consenso en considerar la cosa juzgada —la aptitud de producirla— como criterio que, en todo caso y tras descartar otros plausibles, identifica la potestad jurisdiccional.

Precisamente porque reconozco que ese criterio es muy seguro como última *ratio* para resolver el problema de identificación de esa potestad exclusiva, considero que es aconsejable prestar atención a un fenómeno normativo que, desde diversos puntos, afecta a la consistencia de la cosa juzgada generada por la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios.

Para empezar, y desde hace tiempo, hay que atender a las consecuencias en esta materia del amparo constitucional. El amparo no es, ciertamente, un medio de impugnación de la cosa juzgada, sino un medio para la protección de los derechos fundamentales por el TC, entre los que hay derechos procesales —art. 24 CE— y derechos «materiales» que pueden ser violados, directamente o por falta de protección, en un proceso ante los tribunales ordinarios. Sin embargo, el régimen del amparo constitucional puede conducir a que la cosa juzgada sea eliminada. De un lado, la admisión del amparo requiere haber agotado los medios de impugnación ante los tribunales ordinarios (art. 44.1 a) LOTC), por lo que puede haberse llegado a la cosa juzgada. De otro lado, la estimación del amparo comporta el reconocimiento del derecho fundamental, el restablecimiento del recurrente en el disfrute del mismo, y la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que ha impedido el disfrute (art. 55.1 LOTC); es decir, si la cosa juzgada se hubiera producido, habrá que eliminarla para que se cumpla la sentencia de amparo.

En segundo lugar, y tras agónicos intentos por encontrar acceso a la revisión en su régimen tradicional, nos encontramos con el expreso reconocimiento como causa de revisión de la cosa juzgada generada por los tribunales nacionales de las sentencias del TEDH que, estimando una demanda individual, hayan declarado violado un derecho fundamental reconocido por el CEDH y sus protocolos.[17]

Mucho más problemática, pero ya se está llamando a la puerta, es la incidencia de las sentencias del TJUE sobre cuestiones prejudiciales respecto de la cosa juzgada que hubieran producido los tribunales nacionales en procesos resueltos con sentencia firme con anterioridad a aquellas sentencias, si el sentido de tales sentencias firmes de los tribunales nacionales fuera divergente del modo en que la cuestión ha acabado por ser resuelta por el Tribunal de la Unión.

---

17. Ortells Ramos, M., «Impugnación de la cosa juzgada «interna» para dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España. La reforma de 2015», pendiente de publicación en los *Estudios en honor a Barbosa Moreira y Pellegrini Grinover.*

Por el momento, dos resoluciones del TS han negado que el juicio de revisión sea el medio para conseguir ese objetivo. La STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 18 febrero 2016 (Id Cendoj 28079110012016100066), desestima una demanda de revisión con la motivación de que las causales de revisión no la permiten, a diferencia de lo que se ha establecido respecto de las sentencias del TEDH. El ATS 19 abril 2017 (Id Cendoj 28079110012017200960) no considera admisible la revisión de un proceso en el que se desestimó la condena a devolver intereses de un préstamo hipotecario aplicados con base en una cláusula abusiva («cláusula suelo»), habiéndose fundado la demanda de revisión en que el criterio de cálculo de los intereses indebidos establecido por la STS 24/2013, de 9 de mayo, al que se había ajustado la sentencia firme del proceso cuestionado, había sido posteriormente modificado por la STJUE de 21 de diciembre de 2017. La única novedad posterior a la cosa juzgada era un cambio de criterio jurídico sobre la cuestión litigiosa.

La lectura de estas resoluciones evoca uno de los estadios por los que transcurrieron los intentos de que las sentencias del TEDH quebraran la cosa juzgada de sentencias firmes dictadas por tribunales españoles. Cómo puede evolucionar esta cuestión es un tema abierto,[18] pero empieza a no percibirse como algo pacífico el blindaje de la cosa juzgada producida por los tribunales nacionales en estos casos.

b) Potestad jurisdiccional y atribución de potestades al Letrado de la Administración de Justicia sobre la dirección del proceso y en el proceso de ejecución

Una ocasión para reflexionar sobre en qué consiste la potestad jurisdiccional como potestad solo atribuible al juez vino dada por la atribución de nuevas potestades al secretario judicial, vinculada a la nueva ordenación de la oficina judicial, mediante las reformas legislativas que se iniciaron con la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, y que continuaron con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial y con la Ley Orgánica 1/2009, de la misma fecha, que complementaba la anterior en lo necesario para reformar la LOPJ. Se trata, en este caso, de manifestaciones de la potestad diferentes a la que consiste en resolver asuntos en un proceso de declaración, especí-

18. Lafuente Torralba, A. J., «Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula suelo: problemas de cosa juzgada ante un posible pronunciamiento del TJUE favorable a la retroactividad plena de la declaración de nulidad», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Dir. García-Rostán Calvín, G., Sigüenza López, J., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 289-307; Sánchez García, J. M., «El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de cosa juzgada regulada en la LEC», en *RJC*, 2017, núm. 1, pp. 13-30.

ficamente de qué está reservado a la potestad jurisdiccional en la dirección del proceso y en la actividad ejecutiva.

Aunque los informes preceptivos del CGPJ no habían apuntado problemas generales de constitucionalidad en los textos proyectados, se hicieron públicas, principalmente en relación con el proyecto de la que llegó a ser Ley 13/2009, dos declaraciones de sendos grupos de juristas que centraron sus principales, y radicalmente enfrentados, argumentos en atacar y en defender la constitucionalidad de las potestades atribuidas a los secretarios judiciales. En mi opinión,[19] por un lado, es muy correcto que el debate se desarrolle en atención a los condicionamientos constitucionales de lo que sea potestad jurisdiccional, pero, por otro lado, considero necesario no incurrir en simplificaciones cuando se hacen apreciaciones de constitucionalidad sobre esta materia. Frente a las posturas enfrentadas en lo que tiene apariencia de enfrentamiento gremial, caben aproximaciones más matizadas.[20]

III. Un concepto fundamental injustamente despreciado: ¿Qué se hizo del concepto de acción?

Si había un campo en el Derecho procesal en el que la construcción de conceptos concitaba grandes esfuerzos era, sin duda, el de la explicación de la acción o derecho de acción. Esa atención venía de lejos, por eso Calamandrei iniciaba su artículo sobre la relatividad del concepto de acción con el comentario, elegante y humorístico, de que las teorías sobre la acción, como las noches de la leyenda, son mil y una y todas maravillosas.[21]

Actualmente, al revisar las obras generales se constata la ausencia de una exposición, aun sintética, de las principales orientaciones sobre el concepto de acción y de una revisión crítica de las mismas. Su lugar es ocupado por la referencia a un derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva, acompañada de la exposición de su contenido esencial con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.[22] En algún caso, la escueta mención de los

---

19. Véase Ortells Ramos, M., «Las funciones judiciales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficiencia y técnica legislativa», en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global, María del Carmen Calvo Sánchez, Liber amicorum*, II, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 181-206.

20. He intentado hacer esas aproximaciones más matizadas en el artículo citado en la nota inmediatamente anterior y también en Ortells, en Ortells Ramos et alt., *Introducción*, ed. 2018, pp. 132-136.

21. Calamandrei, P., «La relatività del concetto d'azione», en *Opere Giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 436 y sigs.

22. Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 280-288; Moreno Catena, V., en Cortés Domínguez, Moreno Catena, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 207-215.

esfuerzos teóricos precedentes para determinar y afinar el concepto de acción va precedida de la poco amable calificación de «viejas teorías».[23]

Considerar esta situación me ha evocado con naturalidad dos fragmentos excelsos de la poesía castellana. De Jorge Manrique, los versos de las *Coplas a la muerte de su padre* en los que ilustra lo efímero de la fama —«¿Qué se hizo el rey don Joan? Los Infantes de Aragón ¿Qué se hicieron?»—. También en la poesía he encontrado orientación para una reflexión pertinente sobre la utilidad de los conceptos fundamentales, ahora en relación con el concepto de acción; concretamente, en el impresionante soneto de Quevedo «Amor constante más allá de la muerte»: «Serán ceniza, mas tendrán sentido/polvo serán, mas polvo enamorado».

La reflexión se refiere, específicamente, a uno de los conceptos del derecho de acción, el que lo configura como derecho a una tutela jurisdiccional concreta. Ese concepto, frecuentemente malentendido, tiene, sin duda, aspectos criticables, pero de su construcción y de las críticas al mismo han derivado resultados muy apreciables para perfeccionar la tutela jurisdiccional de los derechos.

La concepción concreta del derecho de acción, inicialmente construida por Wach, seguida y explicada por Hellwig y por Goldschmidt, y, con variantes, por Chiovenda, recibió una crítica aparentemente contundente: este modo de conceptuar el derecho de acción no permite explicar la eficacia y validez del acto de iniciación procesal, que existen con anterioridad y con independencia de la certidumbre sobre el derecho de acción así entendido; no explica el derecho, que corresponde incluso a quien no tiene razón -o que el ordenamiento atribuye a las personas prescindiendo de que tengan o no razón- de provocar la válida iniciación y prosecución de un proceso.

Ocurre, sin embargo, que ésta era una crítica desenfocada.[24] Este concepto de acción no pretendía explicar el derecho a iniciar un proceso. Hellwig, tras denunciar que quienes hacían esa objeción estaban combatiendo contra molinos de viento,[25] aclaró, con cierta irritación frente a Bülow: «Nein! Das Klagerecht ist nicht Bedingung des Prozesses sondern des Sieges im Prozesse».[26]

---

23. Nieva Fenoll, *Derecho procesal*, I, cit., p. 52.

24. Así lo hacen notar, también, De la Oliva Santos, en De la Oliva et alt., *Derecho procesal. Introducción*, cit., pp. 95-96; Cordón Moreno, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 114-115.

25. Hellwig, K., *Klagerecht und Klagemöglichkeit*, 2ª reimpresión de la edición de Leipzig, 1905, Scientia Verlag Aalen, s. f., p. 6.

26. Hellwig, K., *Klagerecht und Klagemöglichkeit*, cit., nota 13 en p. 6 y también p. 50.

La concepción concreta del derecho de acción lo que hizo fue situar ese derecho en un plano relacional distinto al del Derecho privado, lo concibió como un derecho frente al Estado-Juez, pero con un contenido que no solo consiste en iniciar y proseguir un proceso hasta obtener un pronunciamiento judicial, sino que incluye el resultado de que ese pronunciamiento sea favorable, obviamente siempre que se le demuestre al tribunal que se cumplen todos los presupuestos a los que el Derecho condiciona tal pronunciamiento. Examinando esos presupuestos, esta concepción de la acción realiza su principal aportación, consistente en evidenciar que existen normas rectoras de presupuestos de una sentencia estimatoria que no pueden ser aplicadas por las personas en el tráfico jurídico-privado, que regulan modalidades de tutela jurisdiccional y que sólo son relevantes cuando esa tutela es pedida en un proceso y debe decidirse sobre su otorgamiento. Por estas razones, y a pesar de que no sean normas que regulen el procedimiento (como forma y sucesión de actos), esas normas pertenecen al Derecho procesal y no al Derecho privado. Esto tiene importantes consecuencias de técnica jurídica, por ejemplo, en materia de vigencia de las normas en el tiempo —la modalidad de tutela jurisdiccional está regida por las normas vigentes en el momento de resolver sobre ella, aunque no estuvieran en vigor al constituirse la situación jurídico-material protegida— y en el espacio —la modalidad de tutela jurisdiccional está regida por las normas del Estado del tribunal, aunque la situación jurídico-material esté regida por normas extranjeras—.

De ese modo, esta concepción del derecho de acción ha facilitado el camino para comprender y para configurar normativamente —en la ley, si hay buena técnica legislativa; por vía jurisprudencial, en su defecto— modalidades de tutela jurisdiccional diferentes a la tutela de condena ordinaria —apegada a la idea de derecho subjetivo lesionado—, tales como la tutela meramente declarativa y sus presupuestos, superando la extraña construcción de la acción de jactancia y la condena a perpetuo silencio;[27] la tutela de condena a prestación futura, la generalización de la tutela cautelar, más allá de limitadas medidas típicas.[28] Y también la amplia recepción actual de la tutela inhibitoria, de la llamada acción de cesación, modalidad de tutela que posibilita que los derechos e intereses jurídicos sean judicialmente protegidos sin esperar a su lesión y sin dejar su protección limitada irremediablemente a una indemnización posterior a la lesión.

---

27. Con alguna referencia a la acción de jactancia y la mejor explicación de su función como acción declarativa negativa, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 1982, pp. 441-442.

28. En general, la comprensión de la tutela judicial cautelar como algo diferente a una especie de derecho a una prestación de aseguramiento que el titular de un derecho amenazado tendría frente a quien causara la amenaza. Esa fue la comprensión inicial del *Arrest* por Wach —*Der Arrestprocess in seiner geschichtlichen Entwicklung. Erster Theil: Der Italienische Arresttprocess*, Leipzig, 1868, pp. 80-96—, que después rectificó para explicarlo como una manifestación de la *Rechtsschutzanspruch* —*La pretensión de declaración*, Buenos Aires, 1962, trad. Semon, pp. 44-45—.

IV. Los principios del proceso: La subsistencia de un interés, tal vez excesivo y desnortado, por los conceptos fundamentales

La referencia a los principios del proceso se mantiene en las obras generales [29] y está presente en algunas reformas y debates a los que nos referiremos después. Sin duda esa referencia significa un reconocimiento de la utilidad de los conceptos fundamentales. En efecto, la exposición de los principios del proceso implica construir conceptos explicativos de las ideas que informan la regulación de los aspectos más importantes, principalmente los poderes del órgano jurisdiccional y de las partes respecto al objeto procesal, al material de hecho y a la dirección formal del proceso, y la forma según la cual se realizan y ordenan los actos que componen el procedimiento.

Es conveniente recordar tanto el origen histórico del método de las *Prozessmaximen*, cuanto las críticas al mismo, imprescindibles para precisar el significado correcto, la utilidad, que puede tener este modo de exponer las opciones básicas de ordenación del proceso.

La teorización inicial sobre las *Prozessmaximen* se produjo en un contexto filosófico preciso —el iusnaturalismo racionalista— que imprimió en aquélla su impronta característica. Para Gönner, iniciador de la doctrina de los principios con la distinción entre el *Verhandlungsgrundsatz* (principio de controversia) y el *Untersuchungsgrunsatz* (principio de investigación), los principios no eran generalizaciones obtenidas del Derecho positivo, sino postulados derivados de la razón natural, de la naturaleza de las cosas, dotados de un valor apriorístico respecto a la regulación jurídico-positiva y que, utilizados en el estudio doctrinal del Derecho positivo, conducían a una reelaboración de este último en términos ajustados al sistema de principios concebido apriorísticamente.[30]

Esta concepción no es desde luego mantenida por los autores que siguen admitiendo el método de los principios. Expresamente advierte Brüggemann que el hecho de que la jurisprudencia de conceptos los considerara como principios vigentes *a priori*, no puede hacerse pesar sobre el concepto de los principios como categoría del pensamiento jurídico rectamente entendida.[31]

---

29. Por descontado hay muchas diferencias entre los autores, en cuanto al contenido de los principios, su valor, incluso sobre si tal calidad corresponde a todos los criterios generales que se mencionan en esos contextos expositivos. Véase, p. ej., Cordón Moreno, *Introducción*, cit., pp. 126-147, De la Oliva Santos, en De la Oliva et alt., *Derecho procesal. Introducción*, cit., pp. 55-87; Gimeno Sendra, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 318-329; Cortés Domínguez, en Cortés Domínguez, Moreno Catena, *Introducción*, cit., pp. 244-251; Nieva Fenoll, *Derecho procesal*, I, cit., pp. 121-178.

30. Bomsdorf, F., *Prozessmaximen und Rechtswirklichtkeit*, Berlin, 1970, pp. 96-157, ofrece una amplia exposición de la teoría de Gönner y de sus bases filosóficas; también Nörr, K. W., «La scuola storica, il proceso civile e il diritto delle azioni», en *Rivista di Diritto Processsuale*, 1981, p. 24.

31. Brüggemann, D., *Judex statutor und iudex investigator*, Bielefeld, 1968, p. 101.

La correcta compresión de la teoría de los principios consiste, para un conjunto de autores,[32] en considerar aquéllos como las ideas que están en la base de determinados conjuntos de normas y que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas. Su valor no es sólo teórico, sino que tiene también repercusión práctica como medio auxiliar de la interpretación[33] y como punto de partida para la resolución por analogía de supuestos no regulados.[34] No tienen, sin embargo, tales principios naturaleza normativa, aunque, como advierte Pohle,[35] algunos de ellos pueden tenerla, como concretamente sucede con los principios establecidos en la Constitución. Igualmente se ha resaltado la importancia de los mismos como marco teórico adecuado para la discusión de las soluciones *lege ferenda* a los problemas básicos de ordenación del proceso,[36] así como también el valor didáctico de su exposición.[37]

Reconocen, por otra parte, los autores citados que los principios del proceso no se realizan en las leyes en sus formulaciones más puras, sin que por ello pierda utilidad su estudio, porque en todo caso conviene conocer las soluciones maximalistas que pueden darse a un problema antes de buscar un compromiso entre ellas, y porque, como indica Henckel,[38] precisamente para delimitar la exacta vigencia de un principio, hay que saber en qué consiste, en qué se funda y al servicio de qué fin está.

La observación de esta no absoluta vigencia de los principios constituye, sin embargo, el punto de partida de la crítica de la teoría sobre los mismos. Según Hagen estos principios no sirven para la construcción de una teoría general del proceso porque no agotan la determinación de la idea fundamental a la que responde su regulación, se caracterizan por su relatividad, su sentido globalizador y una mera función de acentuación.[39] Para otros autores los principios del proceso —particularmente algunos de ellos muy importantes, como el de aportación de parte y el de investigación oficial— no expresan la realidad de la regulación del actual proceso civil, sin que esta ineludible objeción sea correctamente superada cuando se afirma que un determinado principio rige como

---

32. GRUNSKY, W., *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1974, pp. 16-17; HENCKEL, W., *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, p. 118; Brüggemann, *Judex statutor*, cit., p. 102.

33. BRÜGGEMANN, *Judex statutor*, cit., p. 102; POHLE, R., en Stein-Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, Tübingen, 1972, p. 646.

34. GRUNSKY, *Grundlagen*, cit., pp. 16-17.

35. POHLE, en Stein-Jonas, *Kommentar*, I, cit., p. 646.

36. Brüggemann, *Judex statutor*, cit., pp. 101-102; BETTERMANN, K. A., «Hundert Jahre Zivilprozessordung. Das Schicksaal einer liberalen Kodification», en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1978, p. 365.

37. GRUNSKY, *Grundlagen*, cit., pp. 16-17.

38. HENCKEL, *Prozessrecht*, cit., p. 119.

39. HAGEN, J. J., *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre*, Freiburg, 1972, pp. 84-92.

regla, con excepciones derivadas del principio contrario, porque en tal caso lo que en realidad sucede es que ya no rige ninguno de los dos.[40]

Esta crítica pone en guardia frente al riesgo de sobrevaloración de los conceptos, mediante la cual estos pueden superponerse y falsear la propia regulación jurídico-positiva que deberían explicar o presentase como parámetros indiscutibles de la única ordenación correcta, sustituyendo el análisis de los elementos que pueden incidir en la solución por la imposición de las exigencias que derivarían del contenido del pretendido principio, apodícticamente determinado.

Encontramos muestras recientes de debates, reformas o proyectos normativos y orientaciones jurisprudenciales en los que la invocación de los principios del proceso, como conceptos fundamentales, juega un papel importante, aunque no siempre acertado.

Me referiré a tres de ellas, dos propias y una ajena, que me parecen significativas.

1. Un concepto, probablemente erróneo, del «principio acusatorio» y su decisiva influencia en el régimen de la correlación entre acusación y sentencia

El régimen de la correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal español ha tenido, desde los años ochenta del pasado siglo, cambios lentos, a veces inseguros, pero radicales, por vía siempre jurisprudencial en lo que se refiere al procedimiento ordinario —respecto del cual la LECrim sigue diciendo lo que decía en 1882—, y por vía de reformas legales respecto del procedimiento abreviado, que la jurisprudencia ha acabado por extender al procedimiento ordinario.[41]

---

40. Bomsdorf, *Prozessmaximen*, cit., pp. 278-283; Wassermann, R., *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstad, 1978, pp. 103-104.

41. Al estudio de estos cambios, impulsados por un concepto fundamental —el del principio acusatorio— he dedicado algunos trabajos, en los que se desarrollan los planteamientos necesariamente sintéticos del texto: «El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales», «Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales» y «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia», todos ellos publicados con anterioridad, pero más fácilmente consultables en Ortells Ramos, M., *El proceso penal abreviado (Nueve estudios)*, Comares, Granada,1997, respectivamente pp. 1-24, pp. 155-178 y pp. 179-205; Ortells Ramos, M., «Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado y del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido», en *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales penales*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003, pp. 29-30; Ortells Ramos, M., «Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)», en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 55-58.

En la justificación de esos cambios han jugado un papel decisivo conceptos fundamentales como los que definen el principio acusatorio, el derecho a ser informado de la acusación y la prohibición de indefensión. En especial, el modo de entender el concepto del principio acusatorio.

En un trabajo anterior expliqué que, para analizar los fundamentos del deber de correlación, era imprescindible deshacer el nudo argumental que se construye relacionando todos esos conceptos, porque esa relación es a veces confusa.[42]

Por una parte, debe atenderse al principio acusatorio que, en su significado más estricto, está relacionado con la exigencia de que los titulares del tribunal del juicio queden situados en una posición de imparcialidad. De este principio, que además es un imperativo constitucional, derivan, sin discusión, la indefectible diferencia entre juez de la instrucción previa y juez sentenciador y la ineludible limitación del tribunal sentenciador a enjuiciar solamente el hecho justiciable y la persona del acusado que hayan sido llevados ante él por los acusadores. En atención a ese mismo principio e imperativo constitucional debe también determinarse algo menos obvio; a saber, si debe excluirse o si puede admitirse, con limitaciones, atribuir al tribunal del juicio poderes oficiales de dirección material —específicamente, la potestad de acordar medios de prueba y de intervenir en la práctica de la prueba— y si, dando un paso más en la limitación de los poderes del tribunal, está justificado poner límites incluso a su simple potestad de subsunción, mediante la que ese tribunal concreta las consecuencias legales previstas para unos hechos que sólo y exclusivamente las partes han alegado y podido probar.

Por otra parte, hay que atender al derecho de defensa, a la prohibición de indefensión. En definitiva, al derecho a contradecir de modo eficaz sobre cualquier elemento que sea relevante para la admisibilidad y el sentido de la sentencia, ya sea introducido en el proceso por las partes, como será la regla general, ya lo sea por el tribunal, en la medida, cabe pensar que siempre limitada, que la ley le habilite.

Respecto de la primera de estas dos cuestiones —es decir, las exigencias que derivan del principio acusatorio—, en nuestro ordenamiento se ha llegado a una conclusión que considero absurda o, por lo menos, no suficientemente

---

Respecto del concepto fundamental del principio acusatorio se ha escrito mucho en nuestra literatura procesal. Para encontrar claridad, mencionaré una obra que es menos conocida de lo que merece: Díaz Cabiale, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996.

42. Ortells, «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción», en El *proceso penal abreviado*, cit., pp. 179-185.

explicada por la garantía de la máxima imparcialidad del juzgador, que es el fundamento de ese principio.

No puedo examinar con detalle si en la práctica judicial se ha impuesto una rigurosa exclusión de los poderes del tribunal del juicio oral para acordar prueba no propuesta por las partes. LECrim en mano, el tribunal puede acordar de oficio la prueba documental y el examen de las piezas de convicción (art. 726 LECrim) y cualquier medio de prueba no propuesto por las partes que considere necesario para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación (art. 729. 2º LECrim). Estos poderes del órgano jurisdiccional están acotados por la delimitación del objeto del proceso que ha hecho la acusación (hechos y persona a la que se atribuyen). Además, no afectan a la imparcialidad del tribunal porque no hacen del mismo un investigador, sino que sólo le autorizan para comprobar la certeza del acaecer histórico acotado y llevado ante él por el acusador, utilizando las fuentes de prueba que la propia actividad del juicio oral y la instrucción previa han revelado existentes. La STS, Sala 2ª, de 26 diciembre de 2003, fj. 3º, no entiende que el art. 729 haya sido abrogado por las exigencias del principio acusatorio, siempre que se respeten los limites acabados de mencionar y que se admita que las partes propongan nueva prueba destinada a contradecir aquella ordenada de oficio por el tribunal.

Me referiré, un poco más extensamente, al límite absoluto de la potestad del tribunal de valorar jurídicamente los hechos presentados por los acusadores y de establecer sus consecuencias penales, que resulta de una disposición legal expresa, el art. 789.3 LECrim, extendida por el TS al procedimiento ordinario,[43] que prohíbe al tribunal sentenciador superar el estricto umbral máximo fijado por la concreta petición de pena de los acusadores.

No veo ningún riesgo para la imparcialidad del tribunal siempre que se limite, estrictamente, a valorar la prueba y a interpretar y aplicar la ley penal a los hechos que considere probados y que sólo y exclusivamente las partes acusadoras han podido llevar y probar ante él, y esto no sólo en cuanto a los hechos que identifican el «hecho justiciable», objeto del proceso penal, sino también en cuanto a hechos accesorios que sólo complementan ese «hecho justiciable» influyendo en la entidad exacta de la pena.

Pero aún me parece más absurdo que esa mácula de parcialidad que tendría el juez que, con estricta sujeción a los límites que acabo de recordar, ejerce su

43. TS, Sala Segunda, Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006, según el cual «el tribunal sentenciador no podrá 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».

potestad de dictar sentencia, pueda desaparecer con la simple técnica de que un acusador acepte la concreta hipótesis jurídica agravatoria que el tribunal hubiera planteado para debate de las partes.

El derecho de defensa era el otro elemento implicado en el régimen jurídico de la correlación. Respecto de ese derecho, la reconsideración que inició la jurisprudencia y los pasos subsiguientes de la jurisprudencia y de las reformas legales han llevado el régimen de la correlación a un nivel de garantías superior al del punto de partida.[44]

No obstante, la errónea concepción de los principios implicados ha dejado la muestra literal de una barbaridad que, tal vez correspondiera plenamente al concepto de principio acusatorio que tuviera quien redactó la disposición, pero que debe ser objeto de interpretación correctora para no incurrir en el desconocimiento absoluto de las exigencias más elementales de los principios de contradicción y de igualdad. Me refiero a la redacción del art. 789.3 LECrim debida a la reforma de 2003. Ese artículo, cuya redacción subsiste hoy, recibió el contenido del antiguo artículo 794.3, al que se añadió un insólito inciso final que hace que el apartado disponga textualmente lo siguiente:

> «La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3».

La lectura del inciso final pone de manifiesto que, según una (insostenible) interpretación literal, el tribunal podría, si plantea la cuestión y ésta es asumida por algún acusador, no sólo imponer pena más grave que la solicitada por alguna acusación definitiva inicialmente formulada, sino también «condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado». La segunda consecuencia podría ser muy acorde con el principio acusatorio, porque es un acusador quien, en definitiva, sostiene la petición, pero burlaría completamente el principio de contradicción y la garantía de la defensa.

---

44. Ortells, «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción», en El *proceso penal abreviado*, cit., pp. 195-197.

2. TJUE, tutela judicial de los consumidores, la oportunidad de revisar el concepto de principio dispositivo y de reflexionar sobre la falta de valor normativo de algunos principios

Varias sentencias del TJUE resolviendo cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles respecto, principalmente, de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la incidencia que debía tener en la aplicación de las normas nacionales, han alentado un renovado interés por un discurso atento a los conceptos fundamentales, específicamente los relativos a los principios del proceso civil.

En los abundantes y, a veces, clarificadores trabajos sobre esta ya amplia jurisprudencia del TJUE es frecuente encontrar argumentos en el sentido de que las exigencias que ese tribunal deduce, en esta materia, del principio de efectividad «quiebran las reglas del principio dispositivo en el ámbito del proceso civil»,[45] se han «adentrado en el núcleo del principio dispositivo»,[46] significan un ataque frontal al principio dispositivo.[47] Otros trabajos se refieren a la incidencia de esas sentencias no sólo en el principio dispositivo, sino también en el de aportación de parte,[48] y analizan esa diferente afectación.[49]

Respecto de este renacimiento del interés por los conceptos fundamentales me limitaré a algunas observaciones.

1ª) Una construcción rigurosa de los conceptos requiere distinguir el contenido y la fundamentación del principio dispositivo y del de aportación de parte.[50] Partir de esta base permitirá apreciar, con más precisión, si los cambios que impone la jurisprudencia del TJUE afectan al principio dispositivo o simplemente modifican la ordenación tradicional entre nosotros sobre los poderes para practicar prueba sobre hechos relevantes para el sentido de la sentencia.

---

45. Martínez Seijo, J. M., «Lo que se sabe y lo que no se sabe: la prueba en los procedimientos que afectan a los consumidores», en *Diario La Ley*, nº 9236, de 11 de julio 2018, Nº 9236, 11 de jul. de 2018, p. 3.

46. Serrano Masip, M., «Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 68, julio-diciembre 2016, p. 14.

47. González García, S., «El control de oficio, un ataque frontal al principio dispositivo del proceso civil: ¿Hacia un proceso especial de consumidores?», en *Diario La Ley*, Nº 9100, Sección Doctrina, 15 de diciembre de 2017.

48. Jimeno Bulnes, M., Un proceso europeo para el siglo XXI, Burgos, 2018, pp. 30-31

49. Nieva Fenoll, J., «La actuación de oficio del Juez Nacional Europeo», *Diario La Ley*, Nº 9000, Sección Doctrina, 14 de junio de 2017; Armengot Vilaplana, A., «La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil», en *Revista General de Derecho Procesal*, iustel.com, nº 44 (2018).

50. Remito, principalmente, a Ortells, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 155-158, 160-162, 183-187, 202-211.

2ª) Sorprende que se considere novedoso, o hasta sorprenda, que, si en el plano jurídico-material la calificación de una cláusula contractual como abusiva es cuestión de orden público y determinante de nulidad, el juez, siempre que los autos le den base para ello, pueda y deba apreciar de oficio esa calidad de la cláusula, considerarla nula y, en consecuencia, denegar la tutela judicial solicitada en la medida en que dependa de la misma.

He rescatado de mi biblioteca la clásica obra de Federico de Castro, «El negocio jurídico», editada en 1971, que ya sostenía eso respecto de los supuestos de nulidad,[51] aunque los que contemplaba eran obviamente diferentes a los que establece un nuevo Derecho material. Sólo le faltaba claridad en puntualizar que el tratamiento de oficio es predicable para la desestimación de las pretensiones fundadas en condiciones viciadas de nulidad, pero no para convertir esa nulidad en el objeto principal de la declaración judicial en el proceso en que han sido constatadas. Esa apreciación desde el punto de vista del Derecho material se complementaba con la tesis que, ya en un artículo de 1955, explicaba entre nosotros Prieto-Castro respecto de que los hechos impeditivos debían ser tenidos en cuenta por el juez, para desestimar la pretensión, con independencia de cuál fuera la parte que los hubiera introducido en el proceso.[52]

3ª) Respecto de la aparentemente escandalosa afectación al principio dispositivo que derivaría de la STJUE, Sala Primera, de 3 de octubre de 2013 (C-32/12 Duarte Hueros), a la que, por cierto, se llegó por una errónea explicación y comprensión de lo dispuesto por el art. 400 LEC, considero que un pronunciamiento de reducción del precio se hubiera podido amparar en el modo de apreciar el ajuste entre lo pedido y lo resuelto que sigue la jurisprudencia. En efecto, esa determinación encierra siempre problemas de interpretación que suelen resolverse con un criterio favorable al agotamiento del litigio existente entre las partes, siempre que lo que se resuelva pueda entenderse implícitamente incluido en lo que se había pedido (p. ej., STS de 28 de febrero de 1981, RJ 1981\635, y STS de 3 de marzo de 1992, RJ 1992\2156) o en el «contenido económico y jurídico» de la súplica de la demanda (STS 23 de abril de 2010, RJ 2010\3548).

4ª) La tesis de que el principio de efectividad requiere que el juez pueda adoptar medidas cautelares de oficio para proteger la posición del consumidor, que ha sentado el Auto TJUE (Sala Quinta), de 26 octubre de 2016, Fernández Oliva y otros, (asuntos acumulados C-568/14 a C-570/14), ha sido también calificada

---

51. De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pp. 475-477.

52. Prieto-Castro y Ferrándiz, L., «La defensa del demandado», en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid,1964, pp. 176-181.

como contraria a nuestro sistema procesal civil y a sus principios inspiradores.[53] No se puede negar que es una excepción a una regla general claramente establecida por la ley, pero habría que matizar que si la justificación de la tutela cautelar se examina en el plano de los conceptos no resulta extraña la presencia de un interés público que avalaría la atribución al juez de una potestad de acordar las medidas cautelares de oficio. La clásica monografía de Calamandrei ya hacía notar la finalidad publica que cumplía la función de la tutela cautelar.[54]

5ª) Por fin, el deber, que también deriva de las sentencias del TJUE, de que el juez nacional acuerde de oficio medios de prueba respecto de los hechos que habrán de basar el ejercicio de sus poderes de examen de oficio de las cláusulas abusivas, no es más que una restricción normativa del régimen de aportación de parte en cuanto a la proposición de prueba en el proceso, régimen que puede ser el general en un proceso civil, y efectivamente lo es en el proceso civil español. En cualquier caso, no es una regulación que contradiga el principio dispositivo, porque no limita el poder de disposición de los derechos, sino que incide sobre el tema de la aportación y prueba de los hechos.[55] Y, en ese campo, el principio de aportación de parte no es el único criterio correcto de ordenación, como lo demuestra la variedad de regímenes sobre la materia en ordenamientos cuyo proceso civil en ningún caso podría sostenerse que, a la hora de su tutela judicial, desconoce la estructura del Derecho privado.[56]

3. Excesos en la reacción contra el formalismo procesal y riesgos para la garantía de la legalidad del procedimiento: la perniciosa influencia de una construcción conceptual más allá de las normas

Al referirme a la teoría de los principios del proceso hice notar el riesgo de que la construcción conceptual del contenido de esos principios acabara sustituyendo el especifico régimen normativo de una materia, o superponiéndose al mismo y alterándolo.

---

53. Aguilera Morales, M., «TJUE, proceso civil y tutela del consumidor: repaso de un año que termina y previsiones en torno a otro que comienza», en *Revista General de Derecho Procesal*, iustel.com, nº 44 (2018), p. 11; Serrano Masip, «Efectos de la jurisprudencia del TJUE», cit., p. 16.

54. Calamandrei, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova, 1936, pp. 143-146

55. Ortells, *Introducción*, ed. 1999, cit., pp. 151-153.

56. Véanse, como ejemplos próximos, Cadiet, L., Jeuland, E, *Droit Judiciaire Privé*, LexisNexis, Paris, 2013, pp. 429-430; Amrani Mekki, S., Strickler, Y., *Procédure Civile*, PUF, 2014, pp. 516-517; Sassani, B., *Lineamenti del proceso civile italiano*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 212-214; Biavati, *Argomenti*, cit., pp. 323-324.

La regulación legal del proceso, con todas las dificultades de la interpretación y aplicación de las normas, se impone no solo a las partes —limitando su libertad de acción, pero, al tiempo, protegiendo sus derechos—, sino también al juez —acotando sus potestades—. De ahí que el riesgo al que me he referido al principio sea extremo cuando esa regulación, o un parte importante de la misma, es sustituida por la referencia a un concepto, cuya concreción caso por caso queda en manos del juez.

Los ejemplos históricos son abundantes.[57] Me limitaré a mencionar una muestra muy próxima, en el espacio y en el tiempo, de un intento de realizar esa operación, con el pretendido objetivo de satisfacer el derecho a que los procesos concluyan en un plazo razonable.

En noviembre de 2017, en el debate parlamentario de la ley de presupuestos italiana se presentó una enmienda, [58] en principio aceptada por el Gobierno, según la cual el *procedimento sommario di cognizione* sería el adecuado para todos los litigios de competencia del tribunal en composición de juez unipersonal. Esta norma de adecuación ya existía antes de este intento de reforma, pero estaba matizada por la potestad del juez de ordenar la tramitación en forma ordinaria, si apreciaba que el concreto asunto litigioso requería una actividad probatoria compleja.[59]

Esa potestad iba a desaparecer con la reforma, de modo que incondicionadamente se impondría la regla característica del *procedimento sommario*, a saber:

> «Alla prima udienza il giudice, sentite le parti, ammette i mezzi di prova proposti e, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto».

En síntesis, una ordenación legal del proceso —la que sea, más o menos generosa con las posibilidades de acción de las partes, pero definida, límite y garantía para ellas y también brida para el poder del juez— queda sustituida por el concepto «de modo de proceder más conveniente», en el que se omitirá todo lo que —nuevamente la conceptualización es necesaria— no sea esencial para la contradicción.

---

57. Fairén Guillén, V., *Lo «sumario» y lo «plenario» en los procesos civiles y mercantiles españoles. Pasado y presente*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 17-104, sobre la concreción de los conceptos del modo de proceder «*simpliciter et de plano*», «*sine strepitu et figura iudicii, sola facta veritatis atenta*».

58. http://www.ordineavvocatifirenze.eu/wp-content/uploads/2017/11/Proposta-di-modifica-n.-101.0.34-al-DDL-n.-2960-Senatore-Viceconte.pdf

59. Biavati, *Argomenti*, cit., pp. 613-615.

Esta ocurrencia reformadora fue, en definitiva, frenada por la reacción de los procesalistas y de otros profesionales del Derecho.[60] Me recordó un antiguo artículo de Baur en el que fundaba la necesidad de regulación legal del proceso en la relación funcional entre proceso y Derecho material, en cuanto solo esa regulación, delimitando poder de partes y de juez, puede garantizar que el Derecho material aspire a tener una aplicación igual en los casos que sean iguales.[61]

60. Una síntesis de esa reacción puede encontrarse en http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/Processo_civile_principio_di_legalita_riforme_estemporanee.html

61. Baur, F., «Potere giudiziale e formalismo del Dirirtto Processuale», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, pp. 1683-1696.

2 | Sono ancora utili i concetti fondamentali del Diritto Processuale?

Giampiero Balena
Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil
Universidad de Bari

Sono molto onorato di essere stato invitato a queste importanti giornate di studio; e per questa ragione ringrazio di cuore gli organizzatori ed in particolare il professore Manuel Cachón Cadenas.

In realtà l'interrogativo al centro di questa prima sessione del nostro Convegno a me sembra una domanda retorica, della quale già si conosce la risposta.

Nessuno potrebbe infatti dubitare — a mio avviso — della utilità ed anzi della necessità di studiare e di insegnare i concetti fondamentali del diritto processuale, come di qualunque altra scienza.

Quello che invece è doveroso domandarsi è come sia meglio studiare ed insegnare quei concetti fondamentali; ed è una domanda che continuamente si pone chiunque insegni una materia giuridica, e ancor più, quanto meno nei Paesi di *civil law*, una materia processuale. Questo perché il diritto processuale, molto più di ogni altra disciplina giuridica, «vive» quotidianamente nelle aule dei tribunali e ha dunque una dimensione pratica che può differire in misura significativa dai princìpi enunciati nei codici e riportati nei manuali, e può essere perfino in parte diversa tra diversi uffici giudiziari.

La disciplina specifica del processo — ma sarebbe più corretto parlare al plurale di «processi», perché la maggior parte degli ordinamenti conosce, anche nell'ambito del processo dichiarativo, una pluralità di modelli processuali — può variare facilmente anche in tempi relativamente brevi, poiché dipende da mutevoli scelte di politica legislativa. I princìpi e i concetti fondamentali, inve-

ce, hanno una «resistenza» per fortuna assai maggiore, poiché anche il legislatore più volubile è comprensibilmente molto più cauto quando si tratta di incidere su di essi.

L'esperienza italiana mi sembra, per quest'aspetto, particolarmente significativa.

Il codice di procedura civile del 1940 (tuttora vigente), fortemente voluto dal Fascismo ed entrato nel 1942, ossia in pieno periodo bellico, rappresentò una considerevole frattura rispetto alla tradizione liberale del primo codice post unitario del 1865 e fu caratterizzato, soprattutto nella sua versione originaria (sensibilmente modificata già nel 1950), da una spiccata impronta autoritaria, oltre che da alcune scelte di dubbia opportunità; quali, ad es., la creazione della figura del giudice istruttore e conseguentemente la scissione tra il ruolo del magistrato (singolo) che istruisce la causa e quello dell'organo (collegiale) che poi deve deciderla.

Sul piano della tecnica legislativa, però, si trattava di un testo normativo innegabilmente ben confezionato e molto curato, perfino sul piano lessicale e stilistico, e sorretto da una nitida visione sistematica del processo; tutti pregi che si sono solo in parte persi nel corso degli anni, e soprattutto negli ultimi venti anni, in conseguenza degli innumerevoli interventi con cui il legislatore ha tentato di porre maldestramente rimedio alla crisi della giustizia civile, che si traduce in una intollerabile durata del processo.

Questi pregi del codice hanno una spiegazione ben precisa: i ministri della giustizia fascisti anzitutto si avvalsero, per la redazione dei progetti preliminari e poi del testo definitivo, dell'opera dei più autorevoli processualcivilisti dell'epoca (Redenti, Carnelutti e soprattutto Calamandrei) e poi si preoccuparono di sottoporre il progetto preliminare, che risale al 1937, all'esame delle corti di appello e delle Facoltà di giurisprudenza, che all'epoca erano molto meno numerose e molto più autorevoli. Un metodo ben diverso, dunque, da quello con cui sono state varate dai Governi democratici le riforme degli ultimi decenni, quasi sempre approntate autonomamente dal ministero della giustizia ed introdotte con decreti-legge in via d'urgenza.

Sta di fatto che, mentre i manuali di diritto processuale civile più diffusi negli anni '60 erano ancora pienamente utilizzabili venti anni dopo, negli ultimi decenni i manuali «invecchiano» prestissimo, non soltanto per le continue modifiche normative, ma anche perché la stessa giurisprudenza della Corte di cassazione ha assunto, soprattutto in determinati settori, un ruolo determinante ed in qualche misura autonomo nella interpretazione ed applicazione della disciplina processuale, spesso *praeter legem* e talora addirittura *contra legem*; sicché nessun testo istituzionale che si riproponga di spiegare compiutamente

tale disciplina può prescindere da un continuo raffronto con gli orientamenti della giurisprudenza. Il che impone una revisione del classico metodo di insegnamento, che tenga maggiormente conto della realtà applicativa nella quale devono operare le norme e gli istituti processuali; tenendo presente, peraltro, che negli ultimi anni vi sono state anche delle innovazioni idonee ad incidere sulla formazione complessiva del laureato in giurisprudenza, come le Scuole (post-laurea) di specializzazione per le professioni legali, che dovrebbero favorire l'accesso alla professione di avvocato o alla magistratura, ed il tirocinio (post-laurea) presso gli uffici giudiziari.

Nell'interrogarsi circa la perdurante validità del metodo d'insegnamento tradizionale, l'attenzione è allora caduta sul c.d. metodo «casistico» diffuso nei Paesi anglosassoni, che rispetto a quelli di tradizione romanistica tende, piuttosto che a partire dai princìpi, ad incentrarsi sull'analisi di casi concreti, avvalendosi anche di appositi libri di testo (*casebooks*), e sull'esecuzione di alcune attività pratiche allo stesso legate, per risalire, attraverso un percorso inverso, dall'esame del caso singolo al principio generale.

Senza rinunciare all'impostazione dogmatica e alle lezioni teoriche alle quali siamo tutti abituati, molti di noi hanno tentato in vario modo, sfruttando anche l'informatica, di attribuire all'insegnamento del diritto processuale civile una dimensione più attenta alla pratica, non soltanto al fine di preparare meglio lo studente all'impatto con la realtà degli uffici giudiziari nella quale dovrà operare dopo la laurea, ma anche e soprattutto per agevolare la comprensione e l'assimilazione dei princìpi illustrati nella lezione tradizionale.

Nel 2012, ad esempio, è stato pubblicato il resoconto molto positivo di un esperimento didattico, condotto già da alcuni anni e basato sull'uso di un apposito *software* (denominato *SimuLex*), per la conduzione di processi simulati in cui gli studenti, assunto il ruolo di difensore dell'attore, del convenuto oppure del terzo chiamato in causa, svolgono tutte le attività che normalmente competono all'avvocato, come la discussione della causa con il cliente, la redazione di atti processuali, la partecipazione alle udienze e all'assunzione delle prove.

Queste nuove metodologie di insegnamento sono naturalmente molto utili; non tanto perché consentono agli studenti di acquisire le abilità pratiche indispensabili per l'accesso alle professioni forensi (perché quelle abilità si possono acquisire anche dopo la laurea, in un indispensabile periodo di tirocinio), ma soprattutto perché rendono molto più semplice e gradevole (*friendly*) l'apprendimento della materia, che ad un approccio meramente teorico non ha certo molte attrattive. E per questa ragione è certamente auspicabile che queste esperienze divengano sempre più frequenti e nel contempo interdisciplina-

ri, poiché ovviamente possono essere estremamente utili non soltanto nelle discipline processuali, ma anche in quelle sostanziali.

A mio avviso, però, sarebbe un grave errore pensare di puntare tutto sul metodo «casistico» e rinunciare in tal modo a fornire allo studente, *preliminarmente*, una visione sistematica del diritto processuale civile, desunta dai concetti fondamentali della materia, che sono tuttora estremamente attuali e devono continuare a rappresentare la base irrinunciabile per lo studio e per l'applicazione delle norme processuali, se si vuole continuare ad assicurare la coerenza del sistema.

Non è un caso, del resto, se il Libro Primo del codice di procedura italiano — che ne costituisce la parte generale ed ha un'impostazione abbastanza simile a quella della Ley de Enjuiciamiento Civil — è sopravvissuto quasi indenne alle innumerevoli riforme degli ultimi decenni. I concetti di teoria generale e gli istituti in esso delineati (si pensi, ad es., alla legittimazione ad agire e alla sostituzione processuale; all'interesse ad egire, al litisconsorzio necessario e facoltativo; all'intervento volontario e coatto di terzi; alla successione processuale; all'invalidità degli atti processuali) continuano evidentemente a rappresentare un punto fermo non soltanto per la dottrina e per la giurisprudenza, ma anche per lo stesso legislatore, che si mostra molto più guardingo quando si tratta di intervenire su tali istituti.

E' opportuno sottolineare, inoltre, che in molti ordinamenti i principi fondamentali elaborati dalla dottrina del processo civile, che è stata la prima a ricostruire un «sistema», hanno trovato ampia applicazione anche al di fuori del processo civile. Così, ad es., in Italia l'art. 1 del d.lgs. n. 546/1992, che disciplina il processo tributario, impone ai giudici tributari di applicare, per quanto non previsto dalle norme del processo tributario e nei limiti in cui sono compatibili, le norme del codice di procedura civile. E l'art. 39 del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010) analogamente prevede l'applicazione delle «disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

Per tale ragione è chiaro che ogni intervento sui principi e sugli istituti generali del c.p.c. avrebbe ripercussioni esterne al processo civile, con ricadute pratiche non sempre prevedibili.

D'altronde è agevole constatare che quando la giurisprudenza o lo stesso legislatore si discostano da tali principi generali, i risultati sono solitamente negativi.

Per quel che riguarda la giurisprudenza, si può fare l'esempio riguardante i limiti oggettivi della *res iudicata*, che la dottrina, tenuto conto del principio di-

spositivo che governa il processo civile, continua ad ancorare saldamente al principio della domanda, mentre la giurisprudenza tende a dilatare enormemente utilizzando l'ambigua nozione del giudicato «implicito»; con la conseguenza che alle parti è spesso impedito di comprendere l'oggetto effettivo del futuro giudicato e la concreta rilevanza (anche economica) della controversia.

Sul versante legislativo, invece, si possono addurre come esempi le disposizioni (artt. 348-*bis* e 360-*bis* c.p.c.) che hanno introdotto ipotesi di «inammissibilità» dell'appello e del ricorso per cassazione per ragioni di merito — ossia, in sostanza, per manifesta infondatezza dell'impugnazione — stravolgendo il principio per cui l'inammissibilità può dipendere esclusivamente dall'inesistenza (originaria o sopravvenuta) del potere d'impugnazione.

Tutto questo non vuol dire, ovviamente, che i principi e i concetti fondamentali del processo — al pari di ogni altro principio giuridico — siano assolutamente intoccabili ed immutabili nel tempo.

E' facile pronosticare, ad esempio, che l'attuazione del c.d. processo telematico imporrà non soltanto la modifica di molte disposizioni procedurali, ma anche un profondo ripensamento dei principi tradizionali in materia di forma e di validità degli atti processuali.

Ed un altro potente fattore di rinnovamento deriverà dalla disciplina processuale di fonte europea, ossia dagli ormai numerosi regolamenti UE che interessano la materia processuale nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE ad essa relativa, che possono divergere in misura più o meno rilevante dai principi e dai concetti consolidati all'interno di ciascun Stato membro. Così, ad es., per quel che riguarda l'Italia, è noto che il concetto di «litispendenza», adottato nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nei regolamenti comunitari che ne sono derivati, stando all'interpretazione che ne ha dato la Corte di giustizia, è assai più ampio di quello che emerge dall'art. 39, 1° comma, del c.p.c.

In conclusione, io ritengo che sia opportuno e doveroso, pur incrementando l'uso degli strumenti più moderni che ci sono offerti dall'informatica giuridica, continuare a porre al centro del nostro insegnamento i principi e i concetti fondamentali del processo, per non disperdere il prezioso bagaglio culturale che ci è stato consegnato dai nostri Maestri.

3 | La persistente actualidad de los pilares del Derecho Procesal

Prof. Dr. Luca Lupária
Catedrático de Derecho Procesal Penal
Universidad de Roma III

SUMARIO: 1. Premisa: horizontes procesales y miopía del detalle. 2. Tres fenómenos para poner a la prueba el valor de los conceptos fundamentales. 3. En defensa de los elementos naturales del Derecho procesal penal. 4. Conclusión.

1. Premisa: horizontes procesales y miopía del detalle

Quiero agradecer por haberme invitado a participar en esta prestigiosa mesa redonda y sobre todo por habernos convocado para reflexionar sobre los grandes temas del derecho procesal, recordando el añorado Maestro Serra Domínguez, en un momento histórico en el que a menudo nos vemos implicados en analizar la microcirugía procesal establecida por la reforma del último mes o del último legislador[1].

A veces tenemos la impresión de perder de vista el amplio horizonte del fenómeno procesal para perseguir los análisis realizados desde el microscopio. En realidad, nunca habría que perder de vista esa «amplia mirada» que todos los estudiosos del derecho procesal tendrían que tener.

1. En la experiencia italiana últimamente ha sido así, incluso por la reforma del proceso penal aprobada con la ley n. 103 del 23 de junio de 2017 (denominada «Reforma Orlando»), el legislador procesal suele intervenir con operaciones de microcirugía normativa que consecuentemente inducen al intérprete a centrar la atención en dichos aspectos específicos, perdiendo a veces de vista las verdaderas cuestiones problemáticas del proceso.

2. Tres fenómenos para poner a la prueba el valor de los conceptos fundamentales.

Después de esta premisa, trataré de responder, desde una perspectiva italiana y desde el punto de vista de proceso penal, a la pregunta que nos plantea el congreso: ¿Siguen siendo útiles los conceptos fundamentales del Derecho Procesal?

La pregunta está bien planteada respecto al momento que está viviendo el proceso penal en general y el proceso penal italiano en particular (como se sabe, es el único en Europa de inspiración anglo-americana[2]).

En realidad, desde este punto de vista, preguntarse si actualmente los conceptos fundamentales del derecho procesal son aún útiles para resolver las nuevas cuestiones debatidas en el proceso, significa también interrogarse sobre la actualidad de los cánones fundamentales del proceso penal de estilo acusatorio y adversarial, en el que — como acabo de decir — se inspira Italia, por decisión explícita del código de procedimiento penal de 1988[3].

Entre los fenómenos que estamos viviendo, son tres los que pueden ser útiles para nuestra reflexión.

2.1. Diferentes modelos para la búsqueda de la verdad

En primer lugar la pulverización (y por tanto la multiplicación) de las modalidades de verificación de los hechos en el proceso, entre ritos especiales (en Italia son siete, aunque Francia y España nos siguen de cerca), justicia negociada (cada vez más acentuada) y nuevos fenómenos de justicia reparativa[4].

---

2. L. Lupária, *Los veinticinco anos del proceso penal italiano y las tendencias de reforma en Europa*, en *Las reformas procesales en Colombia y en el mundo*, Medellin, 2014, p. 349.

3. E. Amodio - E. Selvaggi, *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, en *Temple Law Review*, 62, 1989, p. 1211; L. Fassler, *The Italian Penal Procedure Code: An Adversarial System of Criminal Procedure in Continental Europe*, en *Colombia Journal of Transnational Law*, 29, 1991, p. 245; L. Lupária, *Model Code or Broken Dream? The Italian Criminal Procedure in a Comparative Perspective,* en *The Italian Code of Criminal Procedure. Critical Essays and English Translation,* II ed., 2017, p. 1; W. T. Pizzi - L. Marafioti, *The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, en *Yale Journal of International Law*, 17, 1992, p. 1; A. M. Stile, *Die Reform des Strafverfahrens in Italien*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 104, 1992, p. 429.

4. T. Armenta Deu, *Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal*, en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1, 2015, p. 121.

En cada una de las hipótesis que se acaban de señalar, ya sea sobre la base de cada uno de los casos que constituyen la materia del proceso[5], así como para satisfacer las exigencias de economía del resultado procesal[6], el método de comprobación de los hechos del proceso se diferencia hasta el punto de aplicar varios «modelos» procesales junto al ordinario.

La mayoría de las veces, se trata de diferenciaciones en las que incide en gran parte la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, en el caso del denominado juicio «abreviado» italiano, es el imputado el que, renunciando a la celebración del contradictorio debatimental, aporta valor probatorio a los elementos asumidos unilateralmente por el fiscal en las investigaciones preliminares. De la misma forma, en la hipótesis «negociada» del rito de aplicación de la pena por solicitud de las partes (patteggiamento), son el imputado y el fiscal los que en un principio se ponen de acuerdo sobre la entidad de la sanción que hay que infligir, respecto a la cual el juez tiene que realizar una acción de legitimidad antes de pronunciar la sentencia. Por último, respecto al caso de justicia reparativa —teniendo en cuenta la reciente institución de la extinción del delito mediante conductas reparadoras (artículo 162-*ter* del código penal)— sigue siendo el imputado el que, independientemente de la completa comprobación de culpabilidad por el hecho imputado, adopta medidas voluntariamente para resarcir el daño causado a la víctima[7], y obtener de esta forma una sentencia favorable para el mismo.

Sin embargo, así como es el ejercicio de la libre voluntad de las partes lo que justifica generalmente la desviación de las reglas procesales ordinarias de comprobación de la verdad, de la misma forma y a menudo, el proceso atribuye a la antedicha voluntad el papel de impropia «condonación» de los vicios del procedimiento diferenciado de comprobación. Corriendo el riesgo de esta forma de comprometer las fundamentales garantías para la tutela de la persona implicada en el caso procesal.

2.2. El problema de la atipicidad

Como segundo aspecto hay que recordar la propagación de la atipicidad, es decir la incorporación de casos no típicos que requieren entrar en el proceso incluso fuera del catálogo legal con la herramienta de la atipicidad que, con

5. Es esta la reconstrucción del principio de idoneidad entre estructura y función del rito que se debe a G. Foschini, *Sistema di diritto processuale penale,* II, Milán, 1968, p. 8.

6. Véase M. J. Cachón Cadenas, *Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal*, en *Justicia. Revista de derecho procesal,* 2004, p. 7.

7. L. Lupária (ed.), *Victims and criminal justice. European standards and national good practices,* Padua, 2015.

una farsa de las etiquetas, a menudo puede enmascarar una carencia de los rasgos típicos del instituto.

Este es el caso, por ejemplo, de medios de prueba típicos como el «reconocimiento de las personas» que a veces en el proceso ve modificado su modelo legal de referencia a través de la exclusión de algunas reglas dictadas para ello.

En dicho sentido, en el proceso también se permite la entrada del reconocimiento informal del imputado efectuado durante el examen testimonial, clasificándolo, precisamente, como una prueba atípica (es decir no regulada por la ley) en virtud del artículo 189 del c.p.p. Cuando, en realidad, se trata, más bien, de una prueba en contraste con la regulación típica del medio instructorio correspondiente a la misma[8].

2.3. La prueba científica y tecnológica

Permaneciendo en el ámbito de los nuevos escenarios que se abren actualmente al proceso penal y sobre los que por lo tanto vale la pena interrogarse respecto a la continua actualidad de los conceptos fundamentales del proceso, sin duda hay que considerar la escalada de la prueba científica[9].

Al respecto, hay que considerar el cada vez más frecuente empleo de las neurociencias como medio de prueba para apreciar los estados mentales del acusado[10], o bien para la evaluación de la credibilidad del testigo, como la detección del engaño o la máquina de la verdad (en Italia tenemos diferentes casos).

Sobre todo en esta última hipótesis —como se ha puntualizado justamente— se observa un significativo elemento de novedad respecto a las categorías tradicionales del proceso penal, ya que el resultado neurocientífico se presta por una parte a sustituir el valor de las máximas de experiencia en la evaluación de las declaraciones prestadas por el testigo; por otra parte se presta a neutralizar la misma función del contraexamen, institucionalmente con el fin de verificar (o confutar) la credibilidad del declarante[11].

---

8. L. Luparia - L. Marafioti - G. Paolozzi, *Errori giudiziari e* background *processuale*, Turín, 2017.

9. G. Canzio - L. Lupária, *Prova scientifica e processo penale*, Padua, 2017; O. Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi o di elevata specializzazione,* Milán, 2005.

10. En el historial jurisprudencial sobre el empleo de las neurociencias con el fin de verificar la capacidad de entender y querer del imputado, v. App. Trieste, 18 de septiembre de 2009, n. 5, en *Rev. pen*., 2010, p. 70; Trib. Como (G.i.p.), 20 de mayo de 2011, en *Rev. it. med. leg.,* 2012, p. 246; Trib. Venecia (G.i.p.), 24 de enero de 2013, ivi, 2013, p. 1905.

11. Véase P. Ferrua, *Neuroscienze e processo penale*, en O. Di Giovine (a cargo de), *Diritto penale e neuroetica,* Padua, 2013, p. 267.

Siempre en términos de nuevos desafíos lanzados a los institutos tradicionales del proceso penal, no se puede evitar recordar el efecto producido en dicho sentido por la llegada de la prueba informática,[12] que actualmente está presente en casi todos los procesos.

Por una parte, sobre la base de la intrínseca volatilidad del hecho digital, elude los usuales criterios de adquisición, análisis y evaluación de los elementos probatorios, por otra parte, la formación de las evidencias informáticas en la fase inicial del procedimiento reduce progresivamente los espacios reservados a los cánones fundamentales de la oralidad y del contradictorio[13].

A todo esto hay que añadir también las formas evolutivas aún más extremas que la dimensión tecnológica ha asumido actualmente en el proceso penal.

2.3.1. En primer lugar, destacan los captadores informáticos instalados como virus/malware para activar el micrófono de nuestros móviles[14]. Precisamente porque han sido instalados en los dispositivos electrónicos, como por ejemplo en los smartphones o en los tablets que el propietario lleva siempre consigo (con la consecuente imprevisibilidad del lugar en el que la actividad intrusiva se pondría en práctica), pueden realizar una auténtica actividad de interceptación ambulante que, por su naturaleza, corre el riesgo de eludir las garantías establecidas por el artículo 266, párrafo 2 del c.p.p., respecto a la tutela de la inviolabilidad del domicilio[15]. Sin considerar además las otras funcionalidades del captador informático — por ejemplo la que se indica a menudo como *online search* (búsqueda online) — que, permiten la búsqueda y la copia de documentos informáticos archivados en la memoria del dispositivo infectado y acentúa aún más los peligros, ya señalados con referencia a la propagación de la *digital evidence* (evidencia digital), de trasladar fuera del proceso penal la sede de formación de la prueba. Pero esto no es todo.

2.3.2. Desde el punto de vista de la presente exposición, son muy relevantes también los casos de las pruebas virales del ADN, incluso con las nuevas formas del sistema *ADN Touch* (pocas células dejadas tocando un objeto) o del *low*

---

12. En la amplia literatura sobre el tema, v. M. Daniele, *La prova digitale nel processo penale*, en *Rev. dir. proc*., 2011, p. 284.

13. L. Lupária-G. Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milán, 2007, p. 128.

14. R. Orlandi, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, en *Rev. it. dir. proc. pen*., 2018, pp. 538 ss.

15. En efecto, hay que señalar que precisamente en este sentido las Secciones Unidas de la Casación han limitado el recurso a las interceptaciones domiciliares mediante *malware* solo a los procedimientos de delitos de criminalidad organizada, para los cuales la ley prevé la posibilidad de efectuar captaciones domiciliares incluso en ausencia de la gravedad circunstancial sobre la actual realización de la actividad criminal en los lugares de privada demora. Cas. Sec. Unidas, 28 de abril de 2016, Scurato, en *Arch. nuova proc. pen*., 2017, pp. 76 ss.

copy number (amplificación computarizada de pocas porciones de ADN, en naturaleza no suficientes para un examen genético)[16].

En la última hipótesis recordada, para ser más precisos, a diferencia de cuando se está en presencia de una cantidad satisfactoria de ADN con un alto número de copias, por lo que es bastante fácil establecer si existe correspondencia entre los perfiles genéticos confrontados, el resultado de la amplificación requiere el ejercicio de una compleja actividad de interpretación del dato analítico por parte del experto[17]. A esto hay que añadir además que en la hipótesis de ADN con un bajo número de copias a menudo resulta difícil —incluso imposible— repetir el procedimiento de amplificación de las evidencias. Lo cual impide a su vez repetir el test genético, para analizar la fiabilidad y evitar el riesgo de falsos positivos.

Todo ello y en ausencia de adecuados elementos correctivos, puede complicar aún más la relación entre la prueba científica y la comprobación penal.

También hay que recordar y considerar el sector vanguardista de los drones como medio de prueba y los algoritmos, así como de los software de inteligencia artificial que formulan decisiones automáticas, por ejemplo sobre el peligro de reincidencia o sobre la peligrosidad del sujeto.

En América[18] se utilizan en las sentencias con el fin de determinar la entidad de la pena, así como para aplicar una medida alternativa a la detención o bien en la policía predictiva, en Italia se aplica solo experimentalmente.

Concretamente, en el caso analizado, la duda del órgano judicial sobre la concreta propensión del imputado en reiterar el delito no se soluciona con un criterio metodológico de comprobación del hecho o en cualquier caso, con una prognosis vinculada a las prescripciones previstas por la ley, si no que se delega a un algoritmo de evaluación del riesgo[19]. Con el efecto de modificar peligrosamente no solo la función, sino sobre todo el papel de garantía de la función jurisdiccional.

---

16. Sobre el tema, v. G. Gennari, *La genetica alla prova delle Corti: il low copy number nella giurisprudenza italiana e internazionale*, en *Rev. it. med. leg.,* 2016, pp. 197 ss.; S. Gittelson - A. Biedermann - S. Bozza - F. Taroni, *Decision analysis for the genotype designation in lowtemplate-ADN profiles, en Forensic Science International: Genetics,* 9, 2014, pp. 118 ss.

17. Véase G. Gennari, *Nuove e vecchie scienze forensi alla prova delle Corti. Un confronto internazionale e una proposta per il futuro*, Ravenna, 2016, p. 57.

18. Véase Wisconsin S.C., State v. *Loomis*, 881, Wis. 2016, (sobre las que se pueden ver las observaciones de E. Istriani, *Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis*, en *Harvard JOLT Digest,* 31 agosto 2017); Indiana S.C., *Malenchick* v. State, 928, Ind. 2010.

19. V. G. Canzio, *Il dubbio e la legge*, en Dir.pen.cont., 19 de julio de 2018.

Y podría poner muchos otros ejemplos de cómo las nuevas perspectivas que se abren actualmente en la práctica del proceso penal parecen susceptibles de poner en discusión institutos y principios fundamentales.

3. En defensa de los elementos naturales del Derecho procesal penal

3.1. El iusnaturalismo procesal

Ahora bien, en este contexto (he citado solo tres dinámicas del proceso penal contemporáneo) la tentación que se lee en muchos artículos de la doctrina o en las monografías —de jóvenes o de menos jóvenes— es la de pensar en encontrarse frente a fenómenos radicalmente nuevos, que no se pueden tratar con las viejas herramientas del derecho procesal penal.

Se trata de un enfoque que hay que repudiar, por lo menos en la mayoría de los casos. Un detallado estudio muestra que muchos de los nuevos problemas pueden encontrar una solución en los que me gusta llamar elementos naturales o *naturalia* del derecho procesal, esos conceptos inscritos en la historia del proceso y en la cultura de la prueba sobre los que se basan los códigos nacionales, que están por encima y seguramente antes de una especie de iusnaturalismo procesal[20], pero más que nada gracias a las elaboraciones de los estudiosos del proceso relacionados con la comunidad científica internacional.

Por tanto, algunas de las preguntas que por ejemplo se está planteando la jurisprudencia italiana encuentran respuesta gracias a los conceptos fundamentales del derecho procesal.

Retomando la doctrina iusnaturalista que se inspira en la regla «*iura naturalia sunt immutabilia*», los conceptos fundamentales del proceso, precisamente porque son «naturales», resultan «inmutables» en presencia de las profundas transformaciones que está experimentando el proceso penal contemporáneo. Por tanto, pueden (y deben) encontrar todavía empleo para resolver las problemáticas procesales.

---

20. Sobre dicho concepto, véase V. Denti, *Valori costituzionali e cultura processuale*, en Pizzorusso-Cappelletti, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*. Estudios de derecho comparado, Milán, 1985, pp. 811 ss. V., luego, E. Amodio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, en *Processo penale diritto europeo e common law dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milán, 2003, pp. 131 ss.

3.2. Algunos ejemplos

3.2.1. Con referencia a la diversificación de las formas de comprobación jurisdiccional, una importante estrategia procede del principio fundamental de legalidad, del proceso y de la prueba. Es suficiente considerar que con referencia al tema del juicio abreviado, la nueva previsión de codificación del artículo 445, párrafo 6-*bis*, del c.p.p. formaliza expresamente que la voluntad del imputado de ser juzgado por el asunto en cuestión, no puede implicar que de esta forma se eluda la observancia de las prohibiciones normativas en materia probatoria. En resumen, es como decir que la diferente modulación del rito (siempre voluntaria) tiene que encontrar en cualquier caso a día de hoy un límite insuperable en la garantía del principio de legalidad del proceder, en ausencia del cual ya no se puede hablar de un justo proceso penal[21].

3.2.2. Bajo un perfil diferente, en el caso de Amanda Knox[22] (homicidio de Perugia de una estudiante inglesa por parte de una ciudadana americana), después de muchos años la cuestión del ADN se ha solucionado gracias a la teoría clásica del indicio[23].

Más concretamente, la Corte de Casación italiana ha anulado la sentencia de condena a cargo de los imputados ya que, habiéndose realizado el análisis genético en violación de las prescripciones de los protocolos en materia de hallazgo y conservación, el dato genético que resulta no podía decirse que estuviera provisto de los requisitos de gravedad y precisión requeridos por el artículo 192, párrafo 2, del c.p.p. para poder deducir de los indicios, la prueba de existencia del hecho controvertido[24].

3.2.3. Otro ejemplo paradigmático procede del ya citado fenómeno de la inoculación por parte de la policía de un virus en el móvil del acusado para activar el micrófono del mismo o para extraer a distancia los ficheros contenidos en el mismo. Es una cuestión que se está resolviendo con la teoría clásica del derecho de las pruebas y gracias al concepto de mínima invasividad de las investigaciones y al parámetro de proporcionalidad de las doctrinas alemanas[25].

---

21. En dicho sentido, G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milán, 2000, p. 15. V., también, M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milán, 1984, p. 33 s.

22. Cas. pen., Sec. V, 7 de septiembre de 2015, *Knox* y otros, en *Foro it*., 2016, p. 44.

23. Sobre la imputabilidad de las evidencias genéticas a los principios fundamentales del proceso y en particular a las reglas históricas en materia de prueba circunstancial, véase L. Lupária, *Le promesse della genetica forense e il disincanto del processualista. Appunti sulla prova del DNA nel sistema italiano*, en *Rev. it. med. leg.,* 2016, p. 172.

24. Véase L. Lupária - F. Taroni - J. Vuille, *La prova del DNA nella pronuncia della Cassazione sul caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito*, en *Dir. pen. cont., Riv. Trim*., 1/2016.

25. *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, 20 de abril de 2016.

En efecto, teniendo en cuenta la formidable potencialidad investigativa de los captadores informáticos, en 2008, la Corte constitucional alemana reconoció la existencia de un nuevo derecho fundamental: el relativo al uso confidencial de los sistemas informáticos. Así, cuando sea necesario instalarlo por exigencias de prevención o represión de los delitos, se tiene que garantizar el respeto de particulares cautelas, como la reserva prevista por la ley y la autorización judicial respetando el criterio de proporción entre el medio y el fin perseguido. Un criterio que debe ser aún más estricto cuando la invasividad del instrumento utilizado sea mayor.

Aunque de forma más matizada, parece que el legislador italiano se está inspirando también en este tipo de principios en el marco de la reciente reforma de las interceptaciones introducida con el decreto legislativo n. 216 del 29 de diciembre de 2017.

En efecto, en estos términos se puede leer la previsión que impone al juez autorizante para que indique «las razones que hacen que sea necesaria dicha modalidad para llevar a cabo las investigaciones» (artículo 267, párrafo 1, del c.p.p.).

La referencia a la «necesidad» —que como se sabe, constituye una de las fases del juicio tripartito de proporcionalidad de ascendencia alemana[26]— vale para hacer excepcional el uso de la interceptación ambiental mediante un captador informático, lo que significa que la autorización para el uso investigativo del captador informático se tendría que emitir sólo cuando se demuestre que la interceptación ambiental realizada con otros medios menos invasivos, demuestra ser insuficiente para alcanzar el objetivo.

3.3.4. Otro aspecto digno de mención concierne la cuestión de si el acusado está obligado a facilitar la contraseña de su ordenador. Después de muchas dudas, actualmente esto se ha resuelto gracias a la doctrina histórica del derecho al silencio.

Con específica referencia al problema de la criptografía de los datos, el ordenamiento italiano, en la aplicación del Convenio sobre el Cybercriminalidad, se ha limitado a prever por parte de la policía judicial, el poder de registrar inclu-

---

26. 1) La idoneidad de cada medida para alcanzar el objetivo prefijado en abstracto por la norma (Geeignetheit); 2) la necesidad de la misma para alcanzar el objetivo establecido (Erforderlichkeit); 3) la proporcionalidad en sentido estricto, es decir la tolerabilidad de la específica medida a la luz del interés público perseguido y de la correspondiente restricción impuesta al interesado (Verhaltnismässigkeit im engeren Sinne). Al respecto, v. L. Clerico, *Die Struktur der Verhältnismässigkeit, Nomos Verlaggesellschaft*, Baden-Baden, 2001.

so sistemas informáticos «protegidos por medidas de seguridad»[27]. Esto significa que para ello pueden superar eventuales obstáculos de naturaleza informática, con métodos para desencriptar dichos datos y no imponer al indagado la obligación de comunicar la contraseña de acceso.

Esta última sigue siendo una facultad del indagado que, en virtud del principio *nemo tenetur se detegere* — prohibición de la autoincriminación, no puede estar obligado a ninguna acción colaborativa durante las investigaciones[28]. Por tanto, incluso la solicitud de suministrar la contraseña del propio ordenador tiene que estar precedida por la advertencia relativa a la facultad de no responder (artículo 64, párrafo 3, del c.p.p.), en ausencia de la cual no se pueden utilizar ni los datos recogidos ni las sucesivas comprobaciones eventualmente llevadas a cabo en el sistema informático (artículo 64, párrafo 3-*bis*, del c.p.p.).

La existencia de una relación en el derecho del control sobre los propios datos personales (la denominada autodeterminación informativa o privacidad decisional), actualmente se afronta desde el punto de vista del derecho a la no incriminación gracias a las reflexiones tradicionales, por exemplo de Claus Roxin[29].

Desde este punto de vista, el comportamiento de quien se niegue libremente a suministrar o divulgar sus propios datos personales está justificado a la luz del derecho a la no autoincriminación, precisamente porque no se podría exigir por parte del interesado una conducta que implique una violación del principio fundamental del *nemo tenetur se detegere*.

3.3.5. Una cuestión muy importante para Italia es la posibilidad de condenar por primera vez en el grado de apelación al acusado (es decir después de una absolución en primera instancia) sin volver a escuchar a los testigos en segunda instancia y que se ha solucionado ante la Corte de Casación[30] gracias a las antiguas elaboraciones del principio del «más allá de cualquier duda razonable».

Es decir, se parte de este presupuesto: la resolución liberatoria implica evidentemente que en primera instancia no se ha superado la duda razonable necesaria para condenar al imputado. Por lo tanto, en el caso de impugnación por parte del fiscal, la absolución en primera instancia constituye un precedente

---

27. En cambio, según el Convenio, cada Estado adherente tiene que adoptar las medidas necesarias para permitir a las competentes autoridades ordenar a cada sujeto que tenga conocimiento (…) las medidas utilizadas para proteger los datos informáticos examinados en el mismo, poner a disposición toda la información necesaria».

28. G. Ormazabal Sánchez, *El derecho a no incriminarse*, Madrid, 2015.

29. C. Roxin, *Involuntary Self-Incrimination and the Right to Privacy in Criminal Proceedings*, en 31 *Isr. L. Rev.* 74 (1997).

30. Cas. pen., Sec. Unidas, 6 de junio de 2017, Dasgupta, en CED Cas., rv. 267487.

fundamental que eleva el estándar cualitativo de la regla de juicio aplicable durante la apelación para poder cambiar en la fase de condena la resolución liberatoria[31].

Para ello hay que renovar, incluso de oficio, la instructoria debatimental, por lo menos cuando la posible modificación *in peius* de la decisión dependa de la credibilidad de las pruebas testimoniales consideradas decisivas en el primer juicio.

4. Conclusión

Aunque no pueda mencionar todos estos aspectos, la enseñanza me parece clara. Los conceptos fundamentales del derecho procesal, sedimentados a lo largo de los siglos y forjados a través de la Carta sobre los derechos fundamentales del hombre, así como la elaboración de los grandes comparatistas, son pilares en los que hay que permanecer bien anclados.

Además, como decía por ejemplo el jurista italiano De Marsico[32], los conceptos y las teorías fundamentales funcionan como instrumentos de supervivencia en los momentos de crisis del derecho, a los que poder aferrarse siempre.

En cambio, pensar que sean viejas herramientas que hay que tirar sería un gran error metodológico, cuyos efectos negativos se advertirían inmediatamente en la civilización del proceso penal y en la cultura garantista del derecho de las pruebas.

---

31. H. Belluta - L. Lupária, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi «formante» delle Sezioni Unite*, en *Dir. pen. cont., Riv. Trim*., 2017, n. 3, p. 15.

32. L. Marafioti, *Preclusione: un principio senza qualità?*, en *Il principio di preclusione nel processo penale,* Turín, 2012, p. 175.

4 | El concepto en el Derecho Procesal. Clave del sistema

José María Asencio Mellado
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

I. Concepto, instituciones, normas y sistema jurídico

Justificar la importancia del concepto en un foro de profesores de Derecho procesal y hacerlo ahora en unas breves páginas, puede parecer absurdo, pues los conceptos y las instituciones que derivan de aquellos son o debieran ser dogma en este espacio del pensamiento que es la Universidad.

No se entiende la labor profesoral, aunque la tendencia hacia la utilidad inmediata y casuística prime en una sociedad que agoniza en su propia premura, sin la base que proporcionan los elementos básicos de cada sistema, siempre en el marco de nuestro modelo liberal que protege la libertad individual. La función del profesor, la de la Universidad, es la de constituirse en doctrina y, a tal efecto, no sólo debe interpretar la norma, sino, a su vez, construirla. Una conducta que, a diferencia del juez o abogado, no se ha de limitar al caso concreto analizado, sino extenderse a la generalidad del ordenamiento. Y esa amplitud de conocimiento, de fines, de intereses abstractos por su extensión, solo es compatible y posible desde la vigencia de los conceptos e instituciones básicos generales. El profesor, a diferencia del práctico, que aplica el derecho al supuesto enjuiciado, aporta conocimientos generales prescindiendo del particularismo, aunque, evidentemente, los problemas concretos sirvan y sean ineludibles para conocer los defectos de la norma y del sistema. Si la función del práctico termina con la sentencia, la del profesor tiene en esa resolución la base o fuente reveladora de las crisis o aciertos del sistema en su conjunto. Si la labor del práctico consiste en lograr una decisión favorable al interés concreto defendido, la del profesor es la de evitar incluso que prospere esa decisión interesada si la misma pone en riesgo la coherencia del sistema. La generalidad de nuestra función es lo que hace ineludible partir de la unidad y la unidad la

proporciona el concepto básico que determina la armonía del ordenamiento jurídico.

Las normas se explican en el marco de un sistema, no por sí mismas y de modo independiente, en su integración ordenada en un todo, informadas por los criterios que las dotan de coherencia, sin que la individualidad sea determinante de su eficacia, normalmente limitada cuando se formula al margen de los perfiles propios de un modelo dado. Y la noción de sistema, propia del modelo liberal que prima la protección de la libertad individual aún sin abandonar la del interés público, cede muchas veces, de forma tal vez involuntaria, cuando se abandona la protección de los conceptos y se favorece la penetración en el ámbito de lo jurídico de tendencias que introducen variables en cuya base late la idea de revolución, en el sentido de alteración sustancial del todo. Cuando ese todo se somete a debate y se relativiza, se rompen las bases sobre las que se asienta la seguridad jurídica, a su vez formadas sobre una sociedad determinada y sus valores, de modo que se pone en cuestión algo más que las instituciones jurídicas concretas afectadas, extendiéndose la relatividad a la misma concepción de Estado democrático entendido en el marco constitucional vigente.

No es éste es el espacio para entrar en el debate acerca del llamado juicio jurisdiccional que, tan magistralmente, desarrolló SERRA[1], cuyo centro gira en torno a la posición del Juez ante la ley y las facultades de interpretación y subsunción de hechos en normas jurídicas. Y no es el espacio adecuado, por la brevedad, aunque toda reflexión sobre el papel de los conceptos en es el estudio del derecho concluye o debe concluir en la actividad judicial al punto de aplicar la norma al caso concreto partiendo de esa norma ubicada en un conjunto informado por instituciones y dogmas. Si el legislador no puede construir desatendiendo ese conjunto y sus principios y reglas, menos aún puede aún puede hacerlo el Juez cuando de juzgar se trata, pues el riesgo de parcialidad o de arbitrariedad solo se evita cuando la norma aplicada se conjuga con su entorno, solución única y garantía de enjuiciamiento sometido a criterios jurídicos estrictos. El concepto, así, juega el papel de garantía de la misma independencia, pues, al informar el todo, limita la parte cuando ha de ser aplicada, evitando no solo la inseguridad, sino también la parcialidad aunque ésta no sea consecuencia de intereses indebidos y se presente como remedio o solución a la Justicia con mayúsculas, función ésta, la de la Justicia, ajena a la labor judicial en un sistema en el que el Poder Judicial solo y exclusivamente está sometido a la ley (art. 117 CE).

---

1. SERRA DOMÍNGUEZ, M; El juicio jurisdiccional. En «Estudios de Derecho Procesal». Barcelona 1969. pp. 63 y ss.

El Derecho no puede ser entendido como una dispersión de normas aisladas, cada una de las cuales goza de su propia entidad y funciona de modo inconexo con el resto. Las normas forman parte de un sistema que constituye el llamado ordenamiento jurídico, con rasgos propios en tanto responde a principios determinados, culturales, políticos, sociales e históricos[2]. Ese sistema, para ser eficaz, ha de ser armónico y esa armonía es fruto de los principios, conceptos básicos e instituciones que lo informan y lo alimentan, que lo dotan de identidad sustancial. El derecho así, es fruto de una cultura que se manifiesta en sus criterios inspiradores particulares, siendo éstos los que, a modo de un director de orquesta, lo dotan de esa armonía y compás que lo hacen individual y característico. De ahí la dificultad de las reformas integrales y de ahí la difícil armonización de sistemas procesales que no responden a los mismos principios y el error que supone, por ejemplo, aceptar decisiones jurisprudenciales en el marco europeo sin una previa adaptación y homogeneización de los sistemas bajo el criterio de reglas previamente unificadas. Del mismo modo, las crisis a las que llevan resoluciones jurisprudenciales que copian normas de otros modelos, cual sucede con la prueba en el marco del proceso penal y ante la inactividad incomprensible de un legislador pasivo y la labor poco científica de tribunales devenidos en cuasilegisladores ante la ausencia del Poder Legislativo.

Partiendo de esa idea de conjunto, armonizado por principios y conceptos básicos, las normas se explican desde su expresión jurídica, siendo esta caracterización, derivada del fundamento que proporcionan los presupuestos de la misma naturaleza, la que sirve para diferenciar una norma jurídica, que opera como tal y expresa la sumisión de los tribunales solo a la ley, de las normas sociales o políticas[3]. Por ejemplo, las que, en tiempos de corrupción, sirven para distinguir el delito de los comportamientos contrarios a la ética o a la moral de grupo o colectiva o para poner freno al abuso del derecho o su uso para fines espurios. Sin los principios que informan las normas en su expresión jurídica, estas pueden ser aplicadas fuera de su finalidad propia anteponiendo en esa labor criterios extrajurídicos y situando a los tribunales fuera de su función constitucional. Y muchos son los procesos incoados y tramitados sobre la base de pretensiones sin relevancia jurídica penal, pero expresión de intereses vinculados con ese fenómeno complejo de la llamada responsabilidad política, relativa y arbitraria en ocasiones. Cuando no se aplican las normas jurídicas en estos casos, los resultados son la incoación de procesos complejos, inmanejables, largos y normalmente terminados en archivos o absoluciones no sin antes haber producido efectos extraprocesales demoledores para los afectados.

---

2. Cfr. Cuenca Gómez, P; El ordenamiento jurídico en la teoría de Gregorio Peces Barba. «Entre la ética, la política y el derecho». Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba. Vol. I. Madrid 2008. pp. 370 y ss.

3. Cuenca Gómez. Op. Cit. pp. 370 y ss.

Por eso, más allá de la función científica de los conceptos y dogmas de la misma categoría, éstos cumplen una que sirve para garantizar la pervivencia del Estado de derecho, el imperio de la ley en su sentido propio. La independencia judicial, en tanto sometimiento único y exclusivo a la ley, exige seguridad jurídica e igualdad en su aplicación y estos valores solo se consiguen si las normas se comprenden en su significación jurídica, alejadas de intromisiones extrañas, de usos alternativos. Aplicar la norma al caso no significa flexibilizarla rompiendo con su carácter y menos adaptarla a exigencias de los juicios paralelos. Y ahí, los principios son esenciales y prescindir de ellos, subordinándolos a criterios extraños, supone sucumbir a influencias opuestas a la primacía de la ley.

Las normas, en ese espacio, se han de interpretar en función de un ordenamiento jurídico armónico dependiente de unos criterios básicos y comunes, no extraños entre sí, temporales u ocasionales, derivados del caso concreto. No cabe promulgar normas o interpretarlas de forma aislada atendiendo o haciendo primar razones que se opongan o entren en colisión con el sistema. De actuar de este modo, la inseguridad y la desigualdad se impondrán sobre la necesaria estabilidad y generalidad del ordenamiento jurídico.

Sostenía UNAMUNO[4] que el jurista (abogado expresamente) romano, es eminentemente dogmático, en tanto parte de la ley que considera ese dogma. Todo para él es «ad probandum» partiendo de la ley como criterio absoluto, en tanto la desatención a la misma puede provocar consecuencias funestas para el sistema y la sociedad en que opera. Para el abogado romano la Justicia, la Verdad u otros valores similares son propios solo del legislador, que ha de intentar realizarlos en la ley y en el ordenamiento en su conjunto. El práctico se somete a la ley y ha de probar, en el seno del proceso, que los hechos coinciden con la norma en vigor y que la norma es aplicable al caso. Lo esencial y determinante es evitar las consecuencias funestas que derivan de la desatención de la ley o de intentar con ella, al analizar el caso concreto, alcanzar valores ajenos a la función judicial imparcial y neutral. Una reflexión ésta del gran filósofo que, aunque vinculada a la discusión sobre la escolástica y las relaciones entre fe y razón, tienen una utilidad que no puede desatenderse en tiempos en los que los jueces adquieren un protagonismo ajeno a su función constitucional creando derecho o forzando el vigente en el marco de una sociedad que reclama al Poder Judicial lo que no es de su competencia.

Cuando los tribunales abandonan la dogmática y juzgan subordinando la ley a criterios ajenos a ella al momento de aplicarla, surgen las consecuencias funestas para el sistema y el Estado de derecho. La penetración en los tribunales o el

4. UNAMUNO, M; Del sentimiento trágico de la vida. Alianza Editorial. Madrid 2013. pp. 126 y ss.

riesgo de que así suceda, de elementos de naturaleza política, económica, social o ideológica, la mengua de la independencia y de la neutralidad o la influencia mediática o de presiones populares en la jurisprudencia, son efectos derivados de la irrelevancia de los principios jurídicos y su sustitución por otros.

La pregunta que debemos hacernos es por qué y para qué se altera el equilibrio entre poderes y se desatiende la vigencia de los dogmas jurídicos que informan un sistema determinado. Por qué se prescinde del derecho en la resolución de casos y se abandona el concepto a favor de otros criterios. Por qué se menosprecia la teoría y se apunta al relativismo.

Muchas preguntas que precisan de una respuesta determinada cuando el Poder Ejecutivo tiende cada vez con más fuerza a dominar al Judicial, a plegarlo a sus designios, a controlar su autogobierno. Y muchas preguntas que, más allá de este interrogante, alcanzan a la formación misma del alumnado universitario, a la del profesor, a la de su evaluación mediante los mecanismos de la ANECA, cuyos sistemas degradan el conocimiento al hacer primar el número, sobre el fondo, la cantidad y variedad, sobre la especialización, la prisa, por el sosiego que exige el estudio, la forma, sobre el fondo. Un profesor universitario no puede ya, si pretende hacer de la Universidad su forma de vida en un tiempo razonable, estudiar e impregnarse de conocimiento. Ha de escribir, muchas veces al peso, pues ninguna agencia evaluadora va a leer sus escritos, mucho, aunque lo escrito carezca de valor. Y los alumnos, a la par, tampoco han de estudiar, de formarse, solo de informarse someramente en unas evaluaciones que se quieren continuas, es decir, aceleradas, parciales, sin idea de conjunto, sin adquisición de conocimientos. Todo es relativo y cambiante, subjetivo y práctico, siendo lo teórico denostado incluso en la misma Universidad, subordinada a criterios empresariales, políticos o ideológicos.

La teoría, expresión de los conceptos que informan las normas y el sistema, es concebida como inservible[5], reduciendo la función creativa de la norma y su aplicación a las exigencias de cada caso y momento y a las presiones derivadas de la justicia paralela, cuando no a las imposiciones, más o menos expresas, de factores ajenos a la ley entendida como norma de conducta general e igual. La tendencia a despreciar la teoría esconde elementos de sospecha tras los cuales es posible apreciar intenciones no siempre dignas de encomio. Es por ello por lo que la Universidad debe permanecer cumpliendo su función, sin ceder a modas o influjos que la conviertan en mera academia formativa de profesionales en relación o proporción a las demandas del mercado. No es nuestra función la de promover empleo, aunque este objetivo sea loable, sino la de trans-

5. Sobre la contraposición absurda entre teoría y práctica, vide De la Oliva Santos, A; Escritos sobre derecho, justicia y libertad. México 2006. Pp. 1 y ss.

mitir el conocimiento y sentar las bases de la ciencia jurídica, en nuestro caso procesal, que sirvan a una correcta creación y aplicación del derecho. Por eso los sistemas de ANECA son tan opuestos a lo que debe ser la Universidad, en tanto sus exigencias entran en constante conflicto con el estudio, la reflexión y la investigación que se oponen a la rapidez, el número y el rechazo a la especialización.

No significa todo lo dicho, no obstante, que los principios y dogmas jurídicos que presiden un sistema sean inamovibles y que el legislador y el juez, cuando aplica la ley, esté atado a una consideración única y estricta de criterios inmutables y eternos. El derecho no es estático, sino dinámico.

Antes al contrario, aquellos principios son compatibles, pues son consecuencia directa, de las diversas orientaciones sociales y políticas de una sociedad y un tiempo dados. Cuando los entran en contradicción con la sociedad pierden su eficacia. De este modo, la flexibilidad de los dogmas es correlativa a su capacidad de adaptarse y constituirse en respuesta a la realidad social. Pero, esta flexibilidad necesaria solo es posible en el marco del mismo sistema, del mismo modelo, el cual viene fijado por la Constitución, siempre que la misma sea plural y permita el juego de las distintas ideologías que, en ese marco, conviven. Toda reforma o toda interpretación que rompe con el ámbito constitucional equivale a una ruptura con el sistema y, por ello, a algo más que una reforma. Los valores constitucionales, que informan toda la legislación, son el marco en el que debe operar los conceptos, siendo este ámbito el que delimita la modificación al compás de los cambios sociales, económicos y políticos.

Romper con las reglas es sinónimo de revolución, no de cambio y adaptación. Y cualquier revolución, en sentido amplio, es peligrosa pues altera la sociedad en que se produce, profundamente, empezando por su sistema jurídico. Y revolución es trastocar el sistema conceptual, pues, cuando se hace, se transforma profundamente el ordenamiento jurídico. No todo vale, como afirma De la Oliva[6], porque de aceptar esta afirmación corriente, significaría que nada sirve y que debemos empezar de nuevo otro sistema jurídico. Vale lo que se ajusta a los conceptos básicos, a los principios que los informan, a la coherencia y armonía del sistema. No, por el contrario, lo que atenta a este aunque se justifique en objetivos que, relativizando todo, anulan la eficacia de ese todo.

6. De la Oliva, op. Cit. Pp. 4 y ss.

II. Proceso penal y disfunciones

El proceso penal español, debido a la pasividad del legislador, incapaz de operar una reforma sustancial que lo haga eficaz, sin que las razones que subyacen a su falta de actividad sean atendibles o reconocibles, está huérfano hoy de unas bases conceptuales mínimas que garanticen la igualdad en su aplicación, la seguridad jurídica y el sometimiento de los tribunales a ese ordenamiento jurídico que, por haber cedido al Poder Judicial su desarrollo, aparece más como creación judicial, que como fruto de la actividad del Poder Legislativo.

Esa desatención ha generado una situación compleja en la que la ley ha sido sustituida por la jurisprudencia que, lejos de aplicar la norma general al caso concreto, crea normas que, sin tener carácter objetivo, cumplen idéntica función. Basta ver las sentencias y alegaciones de las partes que, en lugar de preceptos, citan sentencias y no precisamente la solución ofrecida para el supuesto concreto analizado, sino la doctrina general que forma parte de toda resolución judicial. Aspectos como la prueba se conforman por los tribunales ante el silencio de la ley; derechos, como la presunción de inocencia, carecen de cobertura legal expresa y desarrollada, siendo las resoluciones judiciales las que han perfilado un derecho que afecta a la prueba en su consideración sustancial. Por no hablar de las excepciones a la prueba practicada en el juicio oral, las declaraciones de coimputados, de los ofendidos por el delito etc…cuya configuración no halla en la ley referencia alguna fuera de determinaciones decimonónicas carentes de aplicación cierta. Frente al derecho objetivo, incapaz de servir en el ámbito del proceso penal para regular las situaciones jurídicas que la realidad plantea, es el Poder Judicial el que ha asumido, de hecho, una función ajena a su naturaleza, ocupando un espacio que no tiene en el sistema jurídico español y que, por tanto, genera los efectos propios del abandono de la ley frente a la jurisprudencia en el marco de modelos que parten de axiomas diferentes.

A la par, las distintas reformas operadas, introducen elementos que se contraponen con el sistema mismo en su conjunto y, especialmente, con una instrucción que, permaneciendo judicial, ha pasado a ser atribuida, por la vía de hecho, a la policía, sin que las normas que regulan su actividad en el seno del proceso sirvan para justificar una actividad que la ley no contempló en su momento.

Los conceptos básicos del derecho procesal se han subordinado a los derechos fundamentales en juego que, siendo como son elemento esencial, no pueden sustituir a las instituciones de modo que causen disfunciones innecesarias. El derecho procesal penal es proceso y se ha de regir por normas de esta naturaleza. Estas normas han de ser respetuosas con los derechos. Pero, no pueden

sustituir a las reglas procesales, que operan como garantía de esos mismos derechos. La prueba ilícita, por ejemplo, demanda un régimen procesal inexistente, cuya falta es motivo de restricción de los mismos derechos de los afectados por las prohibiciones probatorias. La imputación no solo impone la necesaria defensa, sino que debe tener una entidad propia que impida procesos injustificados aunque, aparentemente y solo aparentemente, se garantice la intervención del imputado. Derechos y normas son inseparables y se alimentan mutuamente, siendo garantía recíproca de respeto. Desatender la naturaleza procesal del proceso penal por vía de ignorar sus conceptos básicos, siempre se traduce en una restricción de los derechos que se alegan como justificación de ese olvido.

Veamos varios ejemplos de lo dicho y de las disfunciones del proceso penal derivadas de la ignorancia de los mencionados conceptos básicos.

1. Objeto del proceso penal

El concepto de objeto del proceso es, posiblemente, uno de los más esenciales y su desconocimiento produce efectos variados que afectan a la noción misma de proceso entendido como contienda entre partes resuelta por un tercero imparcial. Objeto del proceso penal es una pretensión, que debe gozar de identidad propia, individual en cada caso por referencia a establecidos criterios generales y que determina la acusación en sentido objetivo y subjetivo, el ámbito de la controversia y los límites de las facultades judiciales al momento de decidir aquella.

La determinación de lo que sea el objeto del proceso solo es posible a partir de elementos propios que diferencien éste del delito y, a la vez, que no lo identifiquen con un hecho estrictamente natural, pues todo hecho o suceso de la vida requiere, para su individualización, atender a lo que le dota de carácter en el ámbito de que se trate. Por ello, la causa petendi de la pretensión penal viene constituida por un hecho jurídicamente relevante, aquel hecho de la vida que coincide con el supuesto de hecho de una norma penal. Un hecho, no obstante, dinámico, no estático, cambiante dentro de unos márgenes que impidan su transformación sustancial. Por ello, se ha dicho que el hecho es el mismo cuando en ese proceso de cambio mantiene una identidad sustancial entre el hecho típico acusado y condenado y/o el bien jurídico protegido por la norma (art. 789,3 LECrim).

La defensa no puede ser un elemento de identificación de aquel concepto, ni sustituir los elementos que sirven para su determinación, pues dicho derecho viene a complementar las exigencias derivadas del principio acusatorio, no a

introducir variables que, aunque aparentemente garanticen la posición del acusado, la perjudican. Porque, si el llamado hecho natural es imposible de individualizar ante la falta de criterios seguros, la defensa frente a ese hecho experimentará los mismos efectos de esa inconcreción.

Identificar un hecho procesal es independiente de la defensa y utilizar este criterio dificulta la individualización del objeto introduciendo elementos ajenos a tal función.

El objeto es siempre invariable. Lo acusado debe ser identificado conforme a los elementos propios de las exigencias derivadas de dicha identificación. La defensa, a partir de esa realidad, supone un plus que garantiza la intervención del acusado en el marco de lo que puede alterarse de oficio o a instancia de parte, por arriba o por abajo, pues a efectos de preservar el contradictorio es irrelevante que el acusado sea condenado a más o a menos.

Si el objeto se altera, el juzgador perderá su imparcialidad, se haya o no respetado la defensa, no siendo posible en caso alguno variar la acusación de oficio aunque se informe al acusado y éste pueda defenderse de la nueva imputación mantenida de oficio. La defensa se ha de referir al hecho acusado, siempre inalterable en su sustancialidad, preservándose ante cualquier cambio en el marco de dicho objeto o ante cambios producidos en la acusación, siempre que la ley los autorice en el momento de las conclusiones definitivas. Ni la defensa permite alterar el objeto en caso alguno, ni el mantenimiento de la identidad del hecho en el cambio de la acusación puede hacerse sin permitir la defensa ante tal situación.

Cuando, como sucede en cierta jurisprudencia y doctrina que es ocioso citar por su conocimiento general, se utiliza la defensa para identificar la pretensión, por ese ánimo de subordinar innecesariamente lo procesal a lo constitucional, se producen efectos perniciosos para el sistema y se deja la puerta abierta a la relatividad, la inseguridad jurídica y la desigualdad. Y esto se agrava en mayor medida cuando se recurre a la teoría de la sustanciación pura y se pone el acento en el hecho natural, no el jurídicamente relevante, pues la falta de referencia de un tipo penal abre la puerta a una amplitud desmedida de las facultades del juzgador y no diferencia entre los hechos esenciales, solo determinables mediante criterios jurídicos y no esenciales, con eficacia reducida a la defensa, que no a la individualización del hecho.

El respeto a la defensa no puede servir para autorizar la pérdida de la imparcialidad judicial en caso alguno. La mejor forma de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales es la de garantizar la eficacia de los principios que disciplinan las instituciones procesales. Actualizarlas no puede significar erradi-

carlas, pues esta permisividad siempre se traduce en atentados a los derechos que se dicen proteger o a los principios del modelo constitucional.

La doctrina debe mantener el estudio de este concepto sobre las bases sentadas por quienes lo han desarrollado con mayor rigor y no sucumbir a teorías jurisprudenciales poco afortunadas que han abierto la puerta a crisis procesales preocupantes, especialmente, como se dirá, en el auto del art. 779,1-4 LECrim, que permite acusaciones indeterminadas y juicios orales injustificados[7].

2. Objeto del proceso, instrucción e imputación

La instrucción judicial existente en España, por atribuir a esta fase una naturaleza procesal, tiene como presupuesto para su iniciación la existencia de una imputación que, como expresa el art. 118 LECrim, se manifiesta en la exigencia de la presencia inicial de un hecho punible. Para que se pueda abrir esta fase, en cualquiera de sus modalidades, debe constar un hecho delictivo, un hecho típico, con todos los elementos derivados de esa cualidad, no bastando con la posibilidad o la sospecha de que una conducta que no es *ab initio* delictiva, aunque pueda hipotéticamente serlo, para imputar, pero tampoco es posible investigar a una persona determinada en el seno de un proceso sin atribuirle la condición de imputado.

Se exige, pues, la presencia de un hecho jurídicamente relevante que, siendo indivisible en el juicio oral, no lo es en fase sumarial, pudiendo el mismo modificarse sin límite alguno a salvo las condiciones establecidas en el art. 118 LECrim respecto de la defensa cuando se operen cambios sustanciales en el hecho inculpado.

Si el hecho no es punible inicialmente, debe inadmitirse la denuncia o desestimarse la querella, tal y como disponen expresamente los arts. 269 y 313 LECrim, sin esperar al archivo o el sobreseimiento. Como sostiene DE LA OLIVA, es el proceso el que justifica la investigación, no la investigación el proceso.

No cabe incoar una investigación en el seno de un proceso, presidido por un Juez, para indagar en conductas que, aun siendo hipotéticamente punibles, tengan naturaleza distinta, política, moral, ética o de otro tipo. No caben procesos prospectivos en el marco de la instrucción judicial española.

---

7. Rechaza la utilidad del concepto de objeto del proceso penal NIEVA FENOLL, J; «Fundamentos de Derecho Procesal Penal». Madrid 2012. Pp. 24-25.

Evidentemente, lo que debe aparecer *ab initio* no es un hecho comprobado, sino meramente relatado en sus elementos típicos[8], siendo la fase instructora la que debe servir para, como establece el art. 299 LECrim «hacer constar la perpetración de los delitos…».

Solo así se entiende la función policial subordinada a la judicial, el valor de mero atestado de las actuaciones policiales previas anteriores a la consistencia de la existencia de un hecho punible.

Cuando, como sucede hoy, el proceso se abre para investigar conductas que no son delictivas por no aparecer los elementos plenos de la tipicidad de los hechos, el sistema salta por los aires y se confunden los papeles de quienes actúan en esta fase, el valor de lo actuado, la defensa y los principios que informan el proceso penal. Cuando se incoa un proceso para investigar hechos no delictivos, pero que se entiende que pueden serlo, es la policía la que asume la real dirección de esta fase procesal, sumiendo al Juez en un papel pasivo, de mero espectador o intérprete de los actos de investigación que quedan reducidos en su mayoría a los llamados «informes policiales», que sin ser otra cosa que atestados, se convierten en elementos que abarcan la casi totalidad de la instrucción y que se introducen en el juicio oral por la vía documental o testifical.

Pero, siendo la instrucción judicial y la imputación la admitida indebidamente por un tribunal, aunque no reúna los elementos mínimos para considerarla de un hecho punible, produce fuera del proceso los efectos de una auténtica imputación, equivalente en la opinión pública a una condena por su origen, de modo que una fase que se convierte en prospectiva y que estudia conductas muchas veces de carácter distinto al jurídico, máxime cuando la acción popular mantiene su plena vigencia, produce efectos demoledores para los derechos de cualquier investigado.

La solución, teniendo en cuenta que la ley no se aplica, es reformarla atendiendo al concepto de imputación que no es incompatible con la defensa, ni con la eficacia del proceso.

Atribuir la fase de investigación al Ministerio Fiscal es ineludible, de modo que éste, junto con la policía, pueda investigar en una fase no judicial los hechos sin exigir que los mismos tengan *ab initio* la consideración de punibles. Que no lo sean no impide que se garantice la defensa de quien se vea investigado, pero sin asumir la condición de imputado hasta la finalización de las diligencias del Ministerio Fiscal, la formulación de una imputación por éste y la aceptación de

8. Bacigalupo Zapater, E; «La noción de un proceso penal con todas las garantías». En VVAA. Derechos procesales fundamentales. Manuales de formación continuada. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2001. Pp. 498-499.

la misma por el Juez de Garantías[9]. El investigado no judicial no debe tener la condición de imputado, ni sufrir las consecuencias de una atribución indebida, máxime cuando la ley no es aplicada, el concepto de imputación, obviado y la defensa, violada ante la imposibilidad manifiesta de hacerla efectiva ante simples conjeturas o sospechas.

De nuevo aquí el concepto de objeto del proceso es determinante de las consecuencias nefastas para el sistema de apartarse de él, optando por una idea de eficacia opuesta a las instituciones procesales básicas.

3. El auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado (art. 779,1-4ª LECrim)

Una vez concluye la fase de instrucción, se debe, en el marco del procedimiento abreviado, dictar una de las resoluciones previstas en el art. 779,1 LECrim. Y así, si el hecho no es delictivo o no aparece suficientemente justificado, se deberá sobreseer la causa. Solo procede avanzar hacia la apertura del juicio oral si el hecho es delictivo y los hechos están determinados, es decir, aparece la totalidad de los elementos del tipo penal de ese delito, que debe calificarse, y el mismo está suficientemente justificado, pues en caso contrario sería procedente el archivo de las actuaciones.

Adicionalmente, la imputación contenida en esta resolución habrá de haber sido comunicada al imputado a los efectos de garantizar su defensa, inicial y sucesivamente en todo aquello que pudiera haber supuesto un cambio sustancial de la inculpación inicial.

La noción objeto del proceso adquiere aquí una relevancia esencial por dos razones: la primera, porque solo es posible incoar el procedimiento abreviado ante la presencia de un delito que, a su vez, en ese marco preciso, jurídico, no meramente natural, haya sido objeto de defensa; la segunda, porque los hechos punibles que consten en este auto vinculan a las acusaciones, que no pueden acusar por hechos diversos, entendiendo la jurisprudencia por tales aquellos que constituyan una pretensión diferente en atención a las exigencias previstas en el art. 789,3 LECrim.

Es evidente que este auto no puede consistir en una mera relación de hechos naturales, sin referencia normativa alguna. O, lo que es lo mismo, no se puede prescindir del concepto de objeto del proceso en este acto procesal y objeto en

9. Arts. 60 y ss. CPPi.

la forma en que la norma procesal penal española lo define en el art. 789,3, como hecho jurídicamente relevante. Introducir otra consideración del mismo en un lugar determinado produce consecuencias nefastas para el sistema.

El hecho ha de ser calificado, aunque dicha calificación pueda ser alterada por las acusaciones, si bien, como sostiene la jurisprudencia, sin que sea posible pretender un hecho diverso, es decir, sin que la pretensión resulte modificada sustancialmente. Dictar esta resolución sin calificar los hechos hace imposible la vinculación que se predica respecto de las acusaciones, pues los hechos naturales no sirven por sí mismos para individualizar un hecho procesal.

La falta de calificación genera muchos más problemas. Uno de ellos es el de no controlar el carácter delictivo de los hechos, de modo que no se sobresee con frecuencia, a salvo los casos en los que los hechos no calificados, en abstracto, no sean delictivos bajo ninguna consideración. Es decir, no se controla la tipicidad, que se obvia, no se sobresee provisionalmente, se abre el juicio oral sobre la base de hechos no determinados en su sustancialidad penal y, en fin, se somete a los acusados a la llamada pena de banquillo.

Pues bien, el TS y algunas AAPP, en este asunto, mantienen una posición tan ambigua, como incomprensible. El TS, que adopta la posición de exigir una vinculación entre acusación y auto de PA referida a un hecho procesal determinado[10], no obstante no exige que el hecho se califique en todo caso[11]. Las dudas sobre quién ha de calificar y cómo se aprecia la vinculación quedan en el aire.

Algunas AAPP, como la de Alicante, llegan más lejos, no exigiendo que los hechos delictivos se conformen con arreglo a un delito, bastando con que sean posiblemente delictivos o, mejor dicho, que manifiestamente no se pueda negar que puedan serlo. Ni se exige que los hechos tengan la consideración de un delito determinado, cuya tipicidad haya de controlarse para hacer efectivo el sobreseimiento que corresponda, ni se impone una calificación que vincule a las acusaciones, de modo que estas son libres, en cierto modo y dada la inexistencia de una labor previa de tipificación, de acusar por delitos no previamente objeto de defensa, pues no cabe defensa respecto de hechos sin una consideración delictiva concreta.

El concepto de objeto del proceso es ineludible en este momento procesal y su desatención genera efectos graves para el sistema, inseguridad jurídica, proce-

10. Entre otras muchas, las SS de 30 de mayo de 2003, 10 de febrero de 2010 o 6 de octubre de 2015.

11. Ss, entre otras de 30 de marzo de 2003 y 13 de diciembre de 2007.

sos interminables, juicios orales innecesarios y efectos extraprocesales incompatibles con el Estado de derecho.

La situación, derivada de la desatención al concepto, otra vez, de objeto del proceso, es nefasta para el sistema y, de este modo, para el derecho de defensa.

4. La prueba ilícita

Pocos conceptos como el de la prueba ilícita, a pesar de su importancia, se encuentran menos vinculados en el estudio y aplicación a un desarrollo constitucional adecuado que sirva de freno a la subordinación de la prohibición a nociones vinculadas con la eficacia del proceso en sentido amplio o relativo.

La falta de diligencia del legislador, de nuevo, ha reducido su consagración a un mero párrafo del art. 11 de la LOPJ, muy general, pero tan abierto e incompleto, tan huérfano de elementos que lo doten de individualidad, que ha sido de nuevo la jurisprudencia, precursora de su entrada en el ordenamiento jurídico, la que ha ido perfilando una institución sin atender a criterios legales o doctrinales que pudieran constituir un límite a la reducción de su eficacia y efectos.

El elemento esencial de reflexión, cuando se trata de regular una figura jurídica, es el de su naturaleza, de la cual deriva el régimen jurídico de forma directa, lo que determina la posición de las partes, del órgano judicial, el procedimiento y los efectos de la norma. Y esa naturaleza jurídica, una vez establecida, cuando se trata de normas que protegen derechos fundamentales, implica unos efectos expresos que la misma Constitución establece en su art. 53, que desapodera a los tribunales de funciones o facultades que excedan de una aplicación estricta del principio de legalidad.

Ante el silencio de la ley y la ausencia de norma alguna expresa en la Constitución, como sucede en la casi totalidad de los ordenamientos jurídicos, fue la jurisprudencia del TC, en su STC 114/1984, la que estableció que la prueba ilícita gozaba de fundamento constitucional, pues derivaba de la posición preferente de los derechos humanos. Esa declaración, evidentemente, suponía atribuir un rango y una cualidad a la prueba ilícita que se traducía en que solo por ley orgánica podía desarrollarse y que toda limitación a la norma dictada tenía que ser acordada, de nuevo, por ley orgánica. No podía la jurisprudencia, por imperativo del art. 53,2 CE, limitar la norma que se dictara, la cual había de aplicarse estrictamente, literalmente y siempre en sentido favorable a su vigencia. Los tribunales no pueden restringir derechos sin una ley que los ampare, pues esta competencia les está vedada constitucionalmente.

Pues bien, frente a esta regla básica, tanto el TC, como el TS, vulnerando el fundamento constitucional de la prueba ilícita, han dictado sendas sentencias, entre otras muchas, que obvian la naturaleza constitucional de la prueba ilícita, reduciendo o anulando su base constitucional y dejándola limitada a una mera declaración legal sin esa jerarquía constitucional. Solo así se entiende su actividad limitativa de los términos expresos, aunque genéricos, del art. 11,1 LOPJ, como una vuelta atrás en la atribución de un carácter que ahora, la misma jurisprudencia, niega. Si es posible o no este proceso lo tendrá que determinar, aunque es dudoso, el legislador en el futuro, ratificando o rectificando lo dicho, pero lo cierto es que TC y TS han rechazado de hecho el fundamento constitucional de la prueba ilícita, pues lo contrario significaría que su actuación es inconstitucional. No hay otra salida.

La situación es casi kafkiana. Los tribunales no pueden reducir el ámbito de aplicación del art. 11,1 LOPJ por haber calificado la prueba ilícita como constitucional en su fundamento y el legislador, tampoco regularla obviando ese fundamento por imperativo constitucional. Y no parece que el TC pueda variar esa declaración, mucho menos el TS, en tanto la ley desarrollo h de ser interpretada conforme a lo determinado por el mismo TC. Por eso, prescindiendo de toda reflexión jurídica, se actúa por la vía de hecho, generando serios problemas en la materia.

Como es sabido, el art. 11,1 LOPJ declara la carencia de todo efecto de las pruebas obtenidas, directa e indirectamente, con violación de derechos fundamentales. Cuando la norma hace referencia a la obtención indirecta está prohibiendo todo uso del efecto reflejo de las obtenidas directamente de forma prohibida. Y si la norma nada dice, esa obtención indirecta ha de ser absoluta, meramente natural, sin que quepa apreciar por los tribunales restricciones medidas en términos de relatividad o dependencia de naturaleza adicional o excepciones a la regla de exclusión que infrinjan la norma de la conexión natural entre las pruebas obtenidas directa e indirectamente. La ley no permite interpretaciones restrictivas en aplicación directa del art. 53 CE.

Por el contrario, el TC, en su STC 81/1998, de 2 de abril, en clara vulneración de la norma citada y limitando el tenor literal y expreso del art. 11,1 LOPJ, que reconocía la prueba ilícita fundamentada en los derechos humanos, creó la teoría conocida como conexión de antijuridicidad, la cual vino a romper con el fundamento antes declarado, admitiendo pruebas indirectas por razones tan variadas, como relativas y flexibles. Frente al carácter constitucional de la institución, se impuso la tendencia a someterlo a fines instrumentales, subordinados a la eficacia de los derechos, a la disuasión policial. La buena fe policial, por ejemplo, en nada sana la afectación de un derecho si se ha producido, sino tan solo la gravedad o responsabilidad del agente. Si el derecho se afecta y la nor-

ma lo protege, la sanción procesal ha de ser la misma con independencia del dolo, culpa o negligencia de la policía. Lo contrario equivale a rechazar el fundamento constitucional de la institución, a degradarlo, como ha hecho el TC con la aquiescencia del TS y el silencio del legislador.

Algo similar debe decirse de la STS 116/2017, de 23 de febrero, dictada en el caso Falcciani. En ésta se da un paso adelante que, bien entendido, podría significar la desaparición incluso de la prueba ilícita fuera del proceso penal, especialmente en el civil, en el que las violaciones a los derechos tienen su origen en particulares, no en el Estado y su policía. Discutible es que esta sentencia extienda sus efectos al orden jurisdiccional civil, pero la hipótesis de que lo sea, aunque indirectamente, es cierta.

La sentencia que se refiere, si bien con argumentos que demuestran la conciencia de que la decisión pone en riesgo el fundamento constitucional de la institución, considera que, como norma general, la prueba ilícita solo puede provenir de la actuación del Estado, no de particulares, pues la protección de los derechos en este ámbito se dirige a evitar los excesos del Estado en la persecución de los delitos, razón por la cual solo es prohibido lo obtenido por particulares cuando hayan actuado como una pieza camuflada de aquel Estado, no cuando respondan a una actuación privada desconectada de toda intervención pública.

Aun cuando la sentencia introduce excepciones a la regla pronunciada, lo que hace devenir la materia más compleja y relativa, la esencia de la resolución es la alteración del fundamento constitucional de la prueba ilícita, pues, si son los derechos lo esencial, su eficacia, tanto da que la violación provenga del Estado o de un particular, ya que en ambos casos los derechos habrán sido vulnerados de forma ilegítima. Que el efecto disuasorio exija que el Estado se vea privado de todo efecto favorable a sus pretensiones o excesos, no requiere, a su vez, avalar conductas privadas de la misma naturaleza. No es necesario para conseguir el efecto superior, subsanar o permitir otro. Hacerlo supone, adicionalmente, una alteración del fundamento constitucional de una figura que algunos entienden degradada en su consideración. En definitiva, con el argumento de la mayor gravedad de la conducta estatal, se posibilita, sin necesidad alguna, que los particulares violen derechos sin consecuencia probatoria ninguna.

De igual forma, la jurisprudencia no ha llegado a determinar, ante el silencio de la ley, en qué derecho se ha de fundamentar la prueba ilícita, siendo así que esta decisión ha tenido y tiene consecuencias para la determinación de un régimen jurídico propio de la prueba ilícita. No solo no se ha desarrollado este último, sino que la falta de claridad a la hora de establecer si se trata del derecho a un proceso con todas las garantías o a la presunción de inocencia, afecta

a la consideración de la prueba desde todas sus manifestaciones. Entre otros muchos aspectos, hay resoluciones que entienden que se trata de una prohibición de valoración, de modo que su apreciación ha de remitirse al juicio oral, mientras que otras lo consideran un acto nulo que debe ser apreciado inmediatamente que se compruebe. Cuestión ésta esencial y cuya solución debería pasar por determinar el fundamento de la prueba ilícita, no simplemente la conveniencia o la opción particular de cada tribunal o lo adecuado en cada caso.

En definitiva, el concepto, en este caso, el fundamento, es imprescindible para salir de una crisis procesal preocupante en tanto la ausencia de criterios dogmáticos estables, la renuncia a acudir a ellos para analizar la figura y la excesiva discrecionalidad, están en la base de una actuación que genera inseguridad jurídica y desigualdad.

5 | Vigencia y utilidad del concepto de jurisdicción. Una aproximación desde el proceso civil*

Juan F. Herrero Perezagua
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO.- 1. Para que no se le sustituya por lo que no es ni deje de ser lo que es. 2. Para que no se desprenda de lo que es ni se atribuya a quienes no son sus titulares. 3. Para que sea actuada del modo establecido

1. Para que no se le sustituya por lo que no es ni deje de ser lo que es

Al reflexionar sobre la utilidad de los conceptos fundamentales del Derecho Procesal, me ha parecido oportuno volver a formularme dos preguntas elementales a las que conviene este calificativo porque, además de su carácter primordial, han de enlazar con los principios de nuestra disciplina y han de mostrarse de fácil comprensión. ¿Por qué acuden los ciudadanos a los tribunales? ¿Qué dan los tribunales a los que acceden a ellos? La respuesta a una y otra pregunta confluyen —han de confluir— en una misma dirección: lo que los primeros esperan es que se les administre justicia y justicia es lo que han de administrar los segundos.

Es tentador y frecuente que, en cambio, la respuesta discurra por otros derroteros. Decir que los ciudadanos acuden a los tribunales para resolver sus conflictos o dirimir sus controversias es una afirmación reductora y, por tanto,

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto «Las transformaciones y los resquicios del proceso en tiempo de crisis y cambios sociales» (DER2016-79363-R), de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER2016-81752-REDT) y del Grupo de Investigación de Referencia «De Iure» (S26_17R).

inexacta, lo que puede dar lugar a deslizarse —interesada o inadvertidamente— hacia posiciones que confundan, mezclen o identifiquen conceptos, objetivos y realidades distintos. Reducir la impartición de justicia a la resolución de conflictos propicia que se entienda que, para la consecución de ese fin, tan válidos son otros medios como el proceso jurisdiccional, es decir, el instrumento único a través del que se actúa la función jurisdiccional. Y llegados a ese entendimiento, queda expedito el camino hacia la justificación y la potenciación de mecanismos que sirven a ese fin previamente identificado, no ya para poner a disposición de los interesados uno o varios cauces de superación de sus controversias, sino para impulsarlos hacia ellos. En tales medios pueden hallar lo mismo que buscan acudiendo a los tribunales; y si lo pueden lograr en menos tiempo y a un coste menor[1], el atractivo que despliegan parece indiscutible. Pero no solo se trata de procurar que los interesados adviertan las bondades de tales medios, sino de que el Estado pase a compartir un espacio que era de su exclusividad, en un doble sentido: primero, en el de brindar la oportunidad de que alternativamente quienes lo deseen utilicen esos medios y, en segundo lugar y casi de manera simultánea, en el de retirarse de ese terreno, esto es, de renunciar a su función de impartir justicia[2]. Cuando esta se desprende de su genuino significado, es decir, cuando se desnaturaliza el concepto, la definición del derecho se relega a un último plano que, en la medida de lo posible, hay que evitar y sobre el que se quiere alzar el acuerdo de voluntades. El impulso que desde distintas instancias —públicas, privadas, oficiales y corporativas— se viene dando en esta dirección, reforzado incluso normativamente, no ha alcanzado las cotas si no previstas, al menos pretendidas.

El justiciable —y el término connota por sí el sometimiento a la acción de la justicia— insta de los tribunales la tutela de su derecho. Cuando le es concedida o denegada, total o parcialmente, la respuesta que obtiene del tribunal es la actuación del Derecho y es como consecuencia de esa aplicación al caso concreto por lo que se resuelve la controversia o se soluciona el conflicto. La tutela del derecho que otorga el tribunal no es una tutela sin más, es la tutela jurisdiccional, esto es, aquella en que se ha llevado a cabo la función jurisdiccional, la de decir o actuar el Derecho.

---

1. Señala Armenta Deu (2016), p. 154, que no está demostrado «que la remisión a la mediación y mucho menos al arbitraje redunde en una mayor economía de gastos para las partes, al menos sin arrostrar ciertos riesgos» (como la duración del procedimiento o la vuelta al proceso por el fracaso del medio intentado). La autora pone de relieve el interés del Estado «en "derivar" la resolución de conflictos fuera de la administración de justicia», lo que obedece a lo que califica como una mentalidad de gestión presidida por parámetros económicos entre los que ocupa un lugar relevante el objetivo de aligerar la carga de asuntos y, parejamente, los gastos presupuestados en la materia.

2. Esteve Pardo (2015), pp. 42 y 43. Advierte el autor que la retirada del Estado garante se está produciendo en diversos frentes; en servicio públicos que se entregan al mercado, en el ejercicio de funciones públicas que se encomiendan a particulares, en la actividad de autorización de la Administración que se desplaza también hacia los particulares, en las normas para dar entrada a la autorregulación de sectores sociales organizados y en la jurisdicción para entregar la resolución de conflictos a fórmulas convencionales de mediación y arbitraje privado.

La superación de la controversia o la solución del conflicto puede venir dada por otros cauces. Sus protagonistas pueden hallar esa solución por sí mismos o con la ayuda de un tercero, sacrificando su propio derecho, corrigiendo su comportamiento, dando y cediendo cada uno en algo. Y si así lo hacen, será porque son libres para hacerlo y prefieren actuar de ese modo antes que acudir al proceso, porque encuentran en tales sacrificios, compromisos o acuerdos una satisfacción que estiman razonable (por lo común, la razonabilidad estará sustentada en consideraciones prácticas, que tienen que ver con la incertidumbre, el tiempo, el coste o el desgaste personal que supone no resolver prontamente el conflicto). Es el juego de la autonomía de la voluntad, del poder de disposición que, por expresa habilitación legal, tiene como primera manifestación que los sujetos de la relación controvertida puedan componer o dirimir sus diferencias al margen del proceso[3]. Pero si, por el contrario, quien entiende que su derecho no está siendo respetado opta por acudir a los tribunales, la satisfacción que busca no es la que estime que puede aprovecharle por razón de conveniencia o de oportunidad, sino la que corresponde por establecerlo así la ley. Lo que quiere es una sentencia que le dé la razón, es decir, que el tribunal conceda la tutela concreta pretendida y afirmada, que lo haga de modo irrevocable y que esté provista de la fuerza necesaria para hacerla efectiva. Y esto solo lo pueden proporcionar los tribunales.

Por eso, hay que mirar con cautela los instrumentos que el legislador incorpora como mecanismos de resolución de conflictos. La cautela no reside en que se integren en el sistema de tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos, sino en su configuración como medios alternativos[4]. Por una doble razón: porque se les quiera atribuir una función que no pueden tener y porque puedan erigirse en obstáculos del acceso a la justicia. La vigencia del concepto de jurisdicción se hace manifiesta.

Para ilustrar lo uno y lo otro, podemos fijar nuestra atención en uno de los medios que más atención y empuje ha recibido: la mediación. Esta es, como dice la ley que la regula en los asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012, de 6 de julio), un medio de resolución de conflictos cuando estos afectan a dere-

3. Como señala Bonet Navarro, Á., (2016), pp. 423 y 424, la autonomía privada se manifiesta en la exclusión del proceso, en la elección del instrumento adecuado a las necesidades y a la clase de conflicto y, finalmente, en la eficacia del medio utilizado.

4. Señala Barona Vilar (2016), pp. 54 a 56, que un modelo en que coexisten las ADR y la Jurisdicción como mecanismos complementarios de tutela de los ciudadanos puede ofrecer una respuesta que —por su flexibilidad, moldeabilidad y adaptabilidad— favorece a los individuos y suaviza la explosión litigiosa. Pero, advierte también la autora, que el impulso por buscar medios más económicos que la justicia estatal «favorece una suerte de privatización del papel del Estado en la Justicia» que puede afectar a la calidad del modelo de justicia que es uno de los pilares esenciales del Estado democrático.

chos subjetivos de carácter disponible[5]. Pero la función que se actúa en ella no es igual o semejante a la que desenvuelve la jurisdicción. El criterio que sirve para dar solución a la controversia es la voluntad de las partes; por tanto, no solo es diverso el instrumento, sino el modo en que se actúa. El proceso, aunque solo atendiéramos a la perspectiva de las partes, ofrece algo más y algo distinto: da solución a la controversia, pero no cualquier solución, sino la solución jurídica que corresponde dar. Solo a través de él puede obtenerse la definición del Derecho. A la mediación no le conviene la calificación de medio alternativo porque no es capaz de alternar con función igual o semejante[6].

La mediación no asegura un resultado (art. 22 LMed); el proceso, sí. La mediación se organizará del modo en que las parte tengan por conveniente (art. 10.1 LMed); el proceso, según lo establecido en la ley. Y, además, el resultado que en su caso se alcance si se ha acudido a la mediación no tiene por qué ser el que se deduzca de la ley, ni dar respuesta a la controversia en su totalidad (art. 23 LMed), no es ejecutivo si las partes no lo quieren (art. 25 LMed) ni zanja definitivamente la cuestión pues no solo carece de la eficacia propia de una sentencia, sino que contra lo convenido podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4 LMed). El proceso concluye con una resolución que ha de ser ajustada a la ley y exhaustiva (es decir, que decidirá todos los puntos litigiosos) y que tendrá fuerza de cosa juzgada —con eficacia prejudicial y excluyente— y, en su caso, fuerza ejecutiva, sin que para ello se precise el parecer concurrente de las partes. La mediación ofrece una oportunidad; el proceso, seguridad y garantías[7].

No han faltado los intentos de aproximar los dos instrumentos (mediación y proceso). Algunos han prosperado, otros no. Para que la mediación no sea menos que el proceso, se dota de eficacia ejecutiva a lo acordado en aquella, con el requisito de que se eleve a escritura pública. Nada que objetar a este respecto. Pero adviértase que convertido el acuerdo en título ejecutivo, las

---

5. En el listado del art. 2 de las materias excluidas del ámbito de aplicación de la ley figuraba, en su apartado d), la mediación en materia de consumo. El preámbulo ya advertía que las exclusiones «no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes». Finalmente, el legislador, en lo que a las controversias de consumo respecta, ha optado por no articular un procedimiento específico de mediación para ellas y ha suprimido el referido apartado d) (disposición final séptima de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo); aunque otra cosa pudiera parecer, esta ley, como dice su preámbulo, «no regula ni desarrolla procedimientos de resolución alternativa de litigios, sino que se limita a establecer los requisitos que buscan la armonización de la calidad de las entidades de resolución alternativa a las que pueden recurrir los consumidores y los empresarios para la solución de sus litigios».

6. Con mayor extensión, Herrero Perezagua (2014), pp. 16 y ss.

7. Nieva Fenoll (2012) señala el déficit de garantías que presenta le mediación en cuanto a la presentación de alegaciones y pruebas, la dirección técnica de los contendientes por un experto jurídico y la *auctoritas* del juez en lugar de la capacidad persuasiva del mediador.

causas de oposición que pueda alegar el deudor serán las previstas no para los títulos extrajudiciales, sino para las resoluciones procesales, esto es, como si fuera una sentencia[8]. No hemos llegado al extremo que pretendía el proyecto de ley que se atrevió a incluir un artículo que afirmaba que el acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada para las partes[9], como si de una sentencia se tratase; un exceso que desconocía el significado mismo de la cosa juzgada y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en materia de transacción, ha reiterado la improcedencia de identificar esta con los efectos de cosa juzgada propia de las sentencias firmes[10]. En cambio, ese afán de parangonar tan diversos instrumentos ha conducido al legislador a estimar apropiado un expediente como la declinatoria para excluir el proceso por haber convenido las partes someter la controversia a la mediación. Esto es un síntoma de confusión (o de desviación en los conceptos): la declinatoria sirve para poner de relieve que le juez no debe conocer por carecer de jurisdicción o de competencia. Que haya un acuerdo de mediación no le priva de una ni de la otra; es sencillamente un óbice de procedibilidad. ¿O es que se quiere transformar el concepto de jurisdicción?

Enlaza lo anterior con el intento de otorgar carácter obligatorio a la mediación en algunos casos. Un intento que, por lo que respecta a la Ley de Mediación, quedó en eso, pero que se ha abierto paso, al menos parcialmente, en materia de consumo y que cuenta con el apoyo de la instituciones europeas y con algunas experiencias en ordenamientos próximos al nuestro, como es el caso de Italia. Precisamente la regulación de este instituto en el ordenamiento italiano dio pie a una comentada sentencia del TJUE que aporta algunos elementos de interés desde el punto de vista que ahora interesa. Me refiero a la dictada el 14 de junio de 2017 en el asunto Menini y Rampanelli (C-75/16). El procedimiento de mediación, dice la sentencia, «puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado

---

8. No obstante, y como señala López Sánchez (2013), pp. 320 y 321, por más que se haya intentado su equiparación, no puede desconocerse «la mayor relevancia que adquiere la cosa juzgada propia de la sentencia —o la equivalente del laudo arbitral— frente a la mera eficacia obligacional del acuerdo de mediación que, por lo tanto, no impide una reconsideración de la concurrencia de los hechos constitutivos y la ausencia de impeditivos de las prestaciones que genera, por más que estas puedan guardar cierta conexión genética con la controversia zanjada». El motivo de oposición formulado en el ordinal tercero del art. 559.1 LEC permite denunciar que la satisfacción de lo contenido en el acuerdo no puede obtenerse en el proceso de ejecución por ser contrario a Derecho.

9. Art. 24.4 del Proyecto (BOCG, Congreso, de 29-4-2011). Además, el apartado quinto de ese mismo precepto equiparaba la revisión de los acuerdos de mediación a lo establecido para la de las sentencias firmes, tanto en los supuestos (o sea, los motivos), como en el procedimiento.

10. Como ha recordado la STS 205/2018, de 11 de abril, «la referencia contenida en el at. 1816 CC al efecto de cosa juzgada de la transacción no es del todo exacta. Como cualquier otro negocio jurídico, lo convenido por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas en tanto no se justifique su nulidad»; y, más adelante, señala: «la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC, y no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos».

miembro». Pero «lo que tiene importancia —concluye en su apartado 51— no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial»[11]. Corresponde a los ordenamientos nacionales disponer los medios adecuados para evitar que la introducción de una etapa adicional que debe transitarse para acceder a los tribunales obstaculice ese acceso (estableciendo, por ejemplo, la no vinculación del acuerdo, la interrupción de la prescripción o la gratuidad del procedimiento). Por tanto, cabe concluir, debe quedar expedito el acceso a la Jurisdicción porque solo en ella puede llevarse a cabe la función de decir el derecho, porque no puede ser suplida ni excluida por otros medios ni por otros sujetos que no sean el proceso y los tribunales, porque solo el proceso es el instrumento de la Jurisdicción y solo los tribunales pueden realizar la función que identifica la Jurisdicción. Las normas que restrinjan indebidamente ese acceso, como primer derecho de los que integran la tutela judicial efectiva, deben ser expulsadas del ordenamiento y en ese empeño están comprometidos los más altos tribunales. Ejemplo de ello es la propia sentencia Menini en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera una restricción del derecho de acceder a los tribunales la norma que condiciona la retirada de los consumidores de un procedimiento de mediación a que demuestren que concurre causa justificada, so pena de ser sancionados en el procedimiento ulterior (apartado 66). Y especifica que esa eventual retirada del consumidor «no debe tener consecuencias desfavorables para este en el contexto del procedimiento jurisdiccional relativo al litigio que haya sido, o hubiera debido ser, objeto del procedimiento de resolución alternativa».

Esta última consideración nos lleva a preguntarnos si las reglas en materia de costas pueden ser objeto de un reproche como el señalado. La imposición de costas al litigante vencido tiene como fundamento que el derecho del vence-

---

11. La Propuesta de 30-5-2017 de Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones para una Directiva sobre normas mínimas comunes de procedimiento civil en la Unión sigue esta misma línea. El art. 12 faculta al juez para proponer a las partes, en cualquier fase del procedimiento, el recurso a la mediación o el estudio de la posibilidad de una transacción. Y, seguidamente, reconoce el derecho de las partes a abandonar la mediación e iniciar un procedimiento judicial.
En el caso del arbitraje, el Tribunal Constitucional ha declarado que el arbitraje obligatorio e imperativo, excluyente del acceso a la jurisdicción, resulta contrario a la tutela judicial efectiva. Lo hizo en la STC 174/1995, de 23 de noviembre, a propósito del arbitraje en materia de transporte terrestre. Y más recientemente, en la STC 1/2018, de 11 de enero, respecto del contrato de seguro de defensa jurídica. En esta última —que cuenta con tres votos particulares— razona así el tribunal: «la posible vulneración del artículo 24 CE no vendría dada tanto por el hecho de que el contrato de defensa jurídica haya de someterse inicialmente a un procedimiento arbitral, sino, más precisamente, por impedir su posterior acceso a la jurisdicción, ya que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales […] con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo». Una de las razones del voto disidente del magistrado Xiol Ríos es «la paradójica desprotección del consumidor como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 76 e) de la Ley de contrato de seguro», pues «a la par que requiere de defensa jurídica frente a un tercero, mantiene precisamente con aquel que le tiene que defender una controversia sobre el contenido de su contrato de defensa jurídica que, de no ser resuelta con la debida agilidad y objetividad, amenaza con dar al traste con la efectividad de sus derechos».

dor no sufra una merma económica por el hecho de tener que haber sido reclamado en juicio. Siendo este el criterio general, a veces obedece a una sanción, de modo que se imponen a quien en principio no debería ser condenado pero lo es por la conducta mantenida en el proceso o antes de él. Tal naturaleza sancionadora tendría una norma que dispusiera la condena en las costas del proceso a quien obtiene en él lo que se le ofreció en el procedimiento de mediación sobre el mismo objeto[12] y cabría apreciar que, bajo el pretexto de potenciar un medio de resolución de conflictos se estaría operando una restricción del acceso a la jurisdicción[13].

2. Para que no se desprenda de lo que es ni se atribuya a quienes no son sus titulares

La exclusividad de los tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional —juzgar y hacer ejecutar lo juzgado— ha encontrado otro frente amenazador del concepto en la atribución a los letrados de la Administración de Justicia de cometidos que tenían asignados los jueces. A aquellos les corresponde ahora adoptar resoluciones y conocer de procedimientos respecto de los que es preciso preguntarse si está comprometida la labor de enjuiciamiento. ¿Es que lo que decide el letrado de la Administración de Justicia, cuando dicta una resolución, carece de contenido jurisdiccional? ¿Es que en los procedimientos que se le encomiendan nada se enjuicia? Así tendría que ser o de otro modo estaríamos mudando una de las notas más características del concepto mismo de jurisdicción. En la exposición de motivos de la ley que introdujo estos cambios[14] latía el propósito expreso de reservar a los jueces lo estrictamente jurisdiccional y a los letrados de la Administración de Justicia la ordenación del trámite: que los primeros se dediquen a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y los segundos se ocupen de la buena marcha del curso del proceso. Parece oportuno recordar ante tamaña simplificación la máxima que recibimos de las ense-

12. A este respecto, Sigüenza López (2017), pp. 90 y 91, rechaza que quepa tachar de temeraria o contraria a la buena fe una conducta como la descrita en el texto y rechaza, en consecuencia, que ese comportamiento sea sancionable con una multa o con la imposición de las costas. La razón estriba, según expone, en el carácter voluntario de la mediación que comporta que nadie está obligado a concluir la mediación con un acuerdo que no le satisface o no le parece adecuado; la condena en costas por la no aceptación de lo que se ofreció y finalmente se obtiene en el proceso supondría, a su juicio, «castigar al actor por hacer uso de un derecho legalmente reconocido y *obligar* al titular del órgano jurisdiccional a cumplir con su labor de dictar una sentencia acorde a derecho».

13. Algo distinto es lo que se dispone en el art. 4 del Real Decreto-ley 1/2017, de 21 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. Si el consumidor ha seguido el procedimiento extrajudicial que en esa norma se establece y rechaza la cantidad que se la entidad le ofrece, en el proceso ulterior que incoe sobre el mismo objeto solo se le impondrán las costas a la demandada si el actor obtiene una sentencia más favorable que la oferta recibida.

14. Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

ñanzas de Carnelutti: no se puede proceder sin juzgar ni juzgar sin proceder. Lo que precede al enjuiciamiento final que se vierte en la sentencia no es una mera sucesión mecánica y rituaria de trámites[15], sino que en no pocos de ellos es preciso decir el Derecho, esto es, efectuar un juicio jurisdiccional, aunque el Derecho que se defina no sea el Derecho material, sino el Derecho procesal.

El proceso monitorio sirve de banco de prueba para contrastar las afirmaciones anteriores. En la reforma de 2009 el legislador entregó al entonces secretario judicial el desarrollo entero del monitorio: la admisión de la petición inicial, el requerimiento de pago y la terminación por decreto cuando el deudor no pague ni se oponga. ¿Estamos ante un instrumento que ya no es jurisdiccional? ¿Es que nada de lo que acontece durante su sustanciación tiene naturaleza jurisdiccional? ¿No hay definición del derecho? ¿O es que esta función, por estar encomendada no al juez, sino al juzgado[16], puede llevarla a cabo el letrado de la Administración de Justicia como integrante de él? En la regulación no faltan contradicciones que los conceptos del Derecho Procesal evidencian.

Cuando la STJUE de 14 de junio de 2012 (en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10) censuró la regulación española por no permitir el examen de oficio del eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato que fundamenta la petición inicial del monitorio o la determinación de su cuantía, la reacción del legislador español fue modificar la norma e introducir el trámite correspondiente que lo permitiera. Lo hizo en el seno del monitorio y, en concreto, en su fase de admisión. Lo que conviene destacar es que el nuevo precepto confía el control de la abusividad al juez (y si otra hubiera sido respuesta, es decir, si se hubiera insertado ese control en otro momento, este también habría correspondido al juez). ¿Por qué al juez y no al dueño del procedimiento? Porque ese control comporta un enjuiciamiento. Pero adviértase que para llevarlo a cabo, el letrado de la Administración de Justicia ha de darle traslado de la petición y que esa dación de cuenta procederá cuando se trate de un contrato celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario. Y esa apreciación encierra en sí misma un juicio, instrumental, pero un juicio al fin y al cabo, que puede tener su dificultad, sobre todo en aquellos casos en que cabe cuestionar si concurre la condición de consumidor en el

15. Como dice De la Oliva Santos, (2004), p. 46, «la realidad procesal concreta no es pura mecánica que deba conformarse a las previsiones como el rito a las rúbricas (…). Porque el Derecho del caso concreto se dice en el enjuiciamiento final del proceso, pero el acierto y la justicia de ese juicio último dependen, en gran medida, de los previos juicios, también jurídicos, inherentes a toda la anterior actividad procesal».

16. No es cuestión sin importancia que en el art. 813 LEC, regulador de la competencia para conocer del monitorio, se haya sustituido el término juez por el de juzgado: atribuido al secretario judicial el procedimiento, no parecía apropiado mantener que la competencia era del juez; pero al legislador debió parecerle excesivo que una regla de competencia estableciera que esta lo era del secretario judicial. La referencia al juzgado diluía o enmascaraba la cuestión.

deudor o la de profesional en la del acreedor [sirvan como ejemplos las SSTJUE de 25-1-2018 (Schrems, C-498/16) y de 17-5-2018 (De Grote, C-147/16)].

Pero no solo esto. El decreto que pone fin al monitorio cuando el deudor no paga ni se opone tiene un efecto excluyente sobre toda reclamación posterior (art. 816.2 LEC). El nombre con que conocemos ese efecto no se pronuncia en la ley, pero todos sabemos qué lo identifica. Es el efecto negativo de la cosa juzgada. La imposibilidad de pretender lo ya pedido o de que se devuelva lo concedido se explicaría si hubiera un pronunciamiento jurisdiccional previo que hubiera zanjado el asunto. Ocurre que, en este caso, no ha habido tal puesto que no puede sostenerse que haya habido ejercicio de la jurisdicción[17]. ¿O es que puede llevarlo a cabo quien no es titular de la función? El legislador se resiste a mudar la naturaleza del monitorio: ¿sigue siendo un proceso jurisdiccional? Pero, a la par, excluyéndolo de las atribuciones del juez, le otorga los efectos propios de las resoluciones dictadas por este. Esto merece una corrección.

No es el único procedimiento que ha pasado a las manos del letrado de la Administración de Justicia. Otros, que también responden a la técnica monitoria, han corrido la misma suerte. Así sucede con el monitorio de desahucio, en el que incluso está previsto que el decreto final imponga las costas e incluya las rentas debidas que se devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda; es decir: dos pronunciamientos de condena que dan respuesta a la pretensión ejercitada, o sea, a la tutela jurisdiccional instada y que se incluyen en una resolución no judicial. Y así se observa también en los procedimientos de los arts. 34 y 35 LEC para la protección de los derechos económicos del procurador y del abogado, comúnmente conocidos como procedimientos de cuenta jurada o jura de cuentas.

A propósito de ellos, y en estrecha relación con el tema que nos ocupa, es oportuno mencionar la STJUE de 16-2-2017 en el asunto Margarit Panicello (C-503/15)[18]: un letrado de la Administración de Justicia tuvo dudas sobre la compatibilidad de los referidos preceptos con el Derecho de la Unión porque, entre otras cosas, no le permitían controlar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del contrato celebrado entre el abogado y su cliente ni los comportamientos desleales del profesional. Pero, además, el remitente se interrogaba a sí mismo si podía ser calificado de «órgano jurisdiccional». El tribunal se apartó de las conclusiones de la abogado general y concluyó que no era competente para conocer de las cuestiones prejudiciales planteadas porque estas solo pue-

17. Sobre esta cuestión, Herrero Perezagua (2018).

18. A este respecto: Aguilera Morales (2018), pp. 14-17.

den serlo por un órgano jurisdiccional y el letrado de la Administración de Justicia no participa de esa condición. Es verdad que este pronunciamiento hay que encuadrarlo en el ámbito de la jura de cuentas, pero lo es también que se funda en unas consideraciones que trascienden el contexto de ese concreto procedimiento. Y, en todo caso, conviene subrayar que el control del carácter abusivo de las cláusulas contractuales corresponde en exclusiva al juez y no al letrado de la Administración de Justicia. Atribuirle a este funcionario tal control comportaría una invasión de la función jurisdiccional. Lo que la STJUE no resuelve es si la atribución de la jura de cuentas al letrado de la Administración de Justicia lo es también. A mi parecer, así cabe sostenerlo —en contra de la calificación que le merece al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (sentencia 4/2011, de 28 de septiembre)[19]—porque en este procedimiento se actúa el derecho y lo hace con desinterés objetivo desenvolviéndose las actuaciones con arreglo a la forma contradictoria[20], porque, en definitiva, en este procedimiento el letrado de la Administración de Justicia juzga las razones contrapuestas de las partes y decide qué interés privado de los que se han hecho valer es merecedor de tutela.

El problema no solo se advierte en la atribución al letrado de la Administración de Justicia de estos procedimientos de traza jurisdiccional. Se evidencia asimismo en el curso de las actuaciones tanto del proceso declarativo como del proceso de ejecución. En esa distribución de cometidos que llevó a cabo la ley en 2009, se observa que los atribuidos al letrado de la Administración de Justicia se ajustan en ocasiones a la idea que inspiró esa iniciativa legal —es decir, la de encomendar a ese funcionario las resoluciones que no son sino la de ordenar o disponer la actuación siguiente a la que la precede, esto es, la de un mero control formal— y en otras, no. Así, por ejemplo, si la parte pide la mejora de embargo por haber sido admitida una tercería de dominio, lo que procede es acordarla (art. 598.3 LEC), algo que no requiere ningún juicio técnico o de oportunidad; en cambio, que sea él también el que lo acuerde cuando la decisión requiere valorar las circunstancias aducidas por el ejecutante respecto de la suficiencia de los bienes es algo que atañe a la determinación de la tutela ejecutiva y respecto de lo que es necesario un enjuiciamiento. Es este un criterio de singular relevancia para discernir lo jurisdiccional de lo que no lo es y para, en consecuencia, establecer los límites que han de guiar la distribución de tareas en los que el legislador no siempre ha sido preciso y respecto de los

---

19. Bien es verdad que el criterio del referido tribunal se fundamenta precisamente en negar que la jura de cuentas haya de reputarse como actividad jurisdiccional, precisamente por haber pasado a estar atribuida al secretario judicial. El argumento no deja de ser interesante y refuerza otras consideraciones mantenidas en este trabajo: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional, reservado exclusivamente a los Juzgados y Tribunales conforme dispone el artículo 117.3 de la Constitución, no se reparte entre todos sus componentes, sino que se residencia en los jueces y magistrados que ostentan su titularidad y, lo que es más importante, ejercen la jurisdicción».

20. En este sentido, Bonet Navarro, J. (2017), pp. 244-248.

que cabe advertir, discutir y censurar algunos excesos[21]. Es el concepto de jurisdicción el que los evidencia.

De él se ha servido el Tribunal Constitucional para afrontar la duda de constitucionalidad referente al régimen de recursos establecido contra los decretos de los letrados de la Administración de Justicia resolutivos de la reposición, tanto en el proceso contencioso-administrativo como en el laboral (SSTC 58/2016, de 17 de marzo, y 72/2018, de 21 de junio). En uno y otro disponían las respectivas normas analizadas (arts. 102 bis.1 LJCA y 188.1 LPL) la irrecurribilidad de la decisión del letrado de la Administración de Justicia «sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva». La razón por la que los referidos preceptos no han pasado el filtro de constitucionalidad es porque «entenderlo de otro modo supondría admitir la existencia de un sector de inmunidad jurisdiccional, lo que no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva (…) y conduce a privar al justiciable de su derecho a que la decisión procesal del Letrado de la Administración de Justicia sea examinada y revisada por quien está investido de jurisdicción». Sienta una doctrina de la que —sin necesidad de trasvasarla en su literalidad a otros supuestos con los que presente disimilitudes— aún cabrá seguir extrayendo consecuencias y enseñanzas[22]. El canon no ha de quedar limitado a la posibilidad de control por un juez o tribunal de lo actuado o acordado por el letrado de la Administración de Justicia —y que, cuando tal control sea procedente, no se ciña solo a determinado tipo de infracciones—, sino que habrá de fundamentarse en la propia naturaleza de las actuaciones, esto es, si estas comportan un enjuiciamiento y una definición del derecho. En todo caso, lo que se manifiesta con claridad es la vigencia y utilidad del concepto de jurisdicción.

Dos ejemplos pueden ilustrar lo dicho. El ATS de 17-11-2011 (RJ 2012, 1502) resuelve un recurso de revisión contra un decreto que decidió una impugnación de una tasación de costas. En él se sostiene que «no cabe entender que es posible utilizar el recurso para sustituir la [función] realizada por el Secretario mediante un nuevo juicio de mejor criterio por el Tribunal, porque ello, además

21. Con más detalle, Herrero Perezagua (2014), pp. 47 y ss, tanto desde el punto de vista de las resoluciones como de las competencias.

22. En el tiempo que medió entre la redacción de estas páginas y la corrección de las galeradas, se publicó la STC 34/2019, de 14 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad del párrafo tercero del art. 34.2 LEC y del inciso «y tercero» de los párrafos segundo y cuarto del art. 35.2, es decir, las normas que establecían la irrecurribilidad del decreto que decide los procedimientos de cuenta jurada. «Se crea, por tanto, un procedimiento en el que se dirimen derechos y obligaciones entre las partes que quedan totalmente al margen de la actividad propiamente jurisdiccional y que, además, al no caber recurso alguno, no puede ser objeto de revisión, para tutelar los derechos e intereses en presencia, por ningún órgano propiamente jurisdiccional. Impide la posibilidad de una tutela de derechos e intereses legítimos que la Constitución quiere que sea siempre dispensada por los jueces y tribunales, creando un sector de inmunidad que no se compadece con el art. 24.1 CE».

de no ajustarse a la propia naturaleza de la actividad procesal realizada, desvirtuaría la *ratio* de la reforma legal, pues, en lugar de simplificar la materia, se produciría el efecto contrario de multiplicar el trabajo de la oficina judicial, y probablemente, sin descargar de forma efectiva la carga del titular del órgano jurisdiccional. Lo anterior no obsta a que mediante el recurso de revisión se pueda someter al control del Tribunal, además de las infracciones de índole procesal, los casos de arbitrariedad o de irrazonabilidad, y dentro de ellos la desproporcionalidad, por cuanto afectan al derecho a la tutela judicial efectiva». ¿Hay extremos que escapan a ese control? Y los que no lo hacen, ¿es porque afectan al derecho a la tutela judicial? En tal caso, ¿es que el decreto es susceptible de contener pronunciamientos que afecten a ese derecho y, por tanto, invadir la función jurisdiccional?

El segundo ejemplo lo brinda el ATS de 21-3-2018 (RJ 2018, 1142) que resuelve un recurso de reposición contra un decreto que declaró desistido el recurso de casación sin condena en costas (la entidad recurrente desistió tras la providencia en que se puso de manifiesto la posible causa de inadmisión por carencia manifiesta de fundamento como consecuencia de la doctrina jurisprudencial sobrevenida a raíz de lo resuelto por el TJUE). El objeto del recurso fue el pronunciamiento sobre costas. El tribunal estima el recurso e impone las costas del recurso al recurrente. Al hacerlo invoca su propia doctrina en la materia que, entre otras cosas, se funda en la aplicación del criterio del vencimiento y del principio de efectividad del Derecho de la Unión, puesto que excepcionar el primero supondría un obstáculo para la aplicación del segundo en perjuicio del consumidor. ¿No comporta la condena una labor enjuiciadora como demuestra la motivación de la resolución que la impone? ¿Es que esa labor debería haberla llevado a cabo el decreto impugnado? Y si lo hubiera hecho, ¿no supondría invadir la función jurisdiccional al definir si procede y con qué alcance el derecho al reembolso de las costas?

3. Para que sea actuada del modo establecido

Algunas de las observaciones realizadas en las páginas anteriores ponen de relieve el protagonismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como impulsor de ciertas reformas en nuestro ordenamiento procesal interno (y algunas más que, previsiblemente, aún tendrán que llegar). En no pocas ocasiones, las deficiencias que han merecido la censura del tribunal ya habían sido advertidas por nuestros tribunales. El planteamiento de las cuestiones prejudiciales es muestra de ello. Pero algunos jueces obraron de modo distinto habilitando trámites no establecidos en la ley, esto es, procediendo de modo no ajustado a la norma. No es algo que haya acontecido tan solo en asuntos como los antes

mencionados[23] ni lo es tampoco que se trate de algo ocasional y felizmente superado. Se trata de un fenómeno que invita a reflexionar sobre el modo en que ha de llevarse a cabo el ejercicio de la función jurisdiccional a través del proceso que es su instrumento. Y es que, conviene recordarlo, el proceso es una serie o sucesión de actos jurídicamente regulada que sirve a la aplicación del Derecho a un caso concreto.

Esta manera de entender el proceso significa ajustarse a la ley. El primero de los artículos de la LEC, que lleva por rúbrica *Principio de legalidad procesal,* lo dice: «En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley». Ciertamente, ante los casos de ambigüedad, imprecisión, imprevisión o silencio de la norma el juez puede servirse de los principios generales y puede acudir a la analogía. Pero lo que nos estamos planteando son los límites de su actuación cuando considera que la norma —y me refiero a la norma procesal— debe quedar relegada o inaplicada porque no es coherente con los valores del ordenamiento y que, en su lugar, debe conducirse el curso del proceso de otro modo que salve esa coherencia[24]. Esto le llevaba al profesor Bonet a preguntarse: ¿es frangible la ley?[25] No es meramente la preocupación de un académico. Es la constatación de un estado de cosas advertido en algunos sectores de la judicatura que se han sentido encorsetados por la ley procesal y en la necesidad de dinamitarla para alcanzar un resultado justo y que, cuando han obrado así, se han visto respaldados y aplaudidos por la valentía de su gesto. Decía Calamandrei que solo la legalidad asegura la certeza del Derecho y que «el juez no tiene otro modo de ser justo que el de conformar su sentencia a la voluntad de la ley»[26]; y aún cabría añadir: no tiene otro modo de proceder justamente que hacerlo conforme a la ley. Este protagonismo o activismo judicial significa que el litigante deja de estar en manos de la ley para pasar a estarlo en manos del juez[27]: conduce a la inseguridad y, en definitiva, a la negación del Derecho.

Que ese proceder del juez en un caso concreto se repita en otros e incluso sea admitido o adoptado por otros jueces quiebra el concepto mismo del proceso

---

23. Algunos ejemplos: se ordena a las partes de un proceso matrimonial que a través de la mediación se pongan de acuerdo en las medidas relativas a los hijos, se dispone que en ese juzgado no se admitirá la acumulación de acciones si estas superan un determinado número, se advierte que las preguntas que se vayan a formular a la parte o al testigo tendrán que ser entregadas por escrito con antelación.

24. Ramos Méndez (2016), pp. 126 y ss, advierte tanto de aquellos juzgadores que «descubren soluciones creativas donde otros colegas sólo ven la tabula rasa del texto legal» como de aquellos otros que asumen el papel del legislador, por su error de diagnóstico en situaciones que originan asuntos como el que ha de conocer, y del poder ejecutivo, por su incapacidad de ofrecer soluciones no judiciales a esas situaciones.

25. Bonet Navarro, Á. (2015), p. 90.

26. Calamandrei (2016), pp. 32 y 35.

27. Bonet Navarro, Á. (2015), p. 102.

en la medida en que su regulación escapa de la vinculación de la norma, somete la ley a la prevalencia del criterio judicial y lleva a los litigantes a que sus asuntos sean juzgados con arreglo a parámetros imprevistos y, de ser previsibles, con vulneración de su derecho, el derecho a ser juzgados con arreglo a lo dispuesto en la ley.

Hace ya tiempo que se abrió un resquicio —ampliado y aprovechado con posterioridad— para introducir y consolidar ciertas prácticas que erosionan el mandato que con claridad y precisión recoge el referido artículo 1 LEC. Ya no resulta extraño que los magistrados de una sala del Tribunal Supremo se reúnan —en junta o en pleno no jurisdiccional, por servirnos de las expresiones por ellos mismos utilizadas— para proporcionar criterios interpretativos de la ley. En el ámbito del proceso civil la apertura de ese portillo ha tenido especial resonancia en lo que respecta a los criterios de procedencia y admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Con apoyo en el art. 264 LOPJ los magistrados de la Sala Primera se reunieron —una reunión que no es la de ningún órgano, jurisdiccional ni gubernativo— y acordaron una serie de criterios sobre determinados aspectos relativos a la aplicación de la LEC, cuando esta aún no había entrado en vigor (la LEC, publicada el 7 de enero de 2000 tenía una *vacatio legis* de un año; el acuerdo está fechado el 12 de de diciembre de 2000). Las reuniones a las que se refiere el art. 264 LOPJ tienen como finalidad «la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales» y como causa «la diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales». Antes de que se produjera el problema—la divergencia— ya se había actuado el remedio —la correcta intelección de la ley—. Si sorprendente era el medio para proporcionarlo, igualmente lo era la solución brindada[28] puesto que se trataba de una interpretación *contra legem*[29] y que difícilmente podía esconder el verdadero motor que impulsaba la adopción de esos criterios: limitar el número de recursos (lo que significa, a la postre, limitar el acceso al recurso).

Los magistrados del Tribunal Supremo, con el aval del Tribunal Constitucional, han seguido reescribiendo la ley y con ocasión de las sucesivas reformas de la LEC, han revisado sus criterios y adoptado nuevos acuerdos sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. A la Ley 37/2011, de 10 de octubre, siguió el Acuerdo de 30 de diciembre de

---

28. Los magistrados ligaron la recurribilidad en casación al modo en que se fija el procedimiento a seguir: solo tenían abierta la puerta del recurso las sentencias recaídas en procesos cuya cuantía superase la *summa gravaminis* establecida en la ley si el procedimiento se hubiera fijado por razón de la cuantía y solo se admitiría el recurso por interés casacional si la sentencia hubiera recaído en un proceso en el que el procedimiento se hubiese establecido por razón de la materia.

29. Sobre este extremo, pueden verse, entre otros, Díez-Picazo Giménez (2001) y López Sánchez (2002), pp. 94 y ss.

ese mismo año y a la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, el Acuerdo de 27 de enero de 2017. Y siguen diciendo o exigiendo cosas que la ley no dice ni exige, como que en el recurso de casación contra sentencias dictadas en procedimientos de cuantía superior a 600 000 € hay que justificar que el procedimiento se ha tramitado por razón de la cuantía y no de la materia, o que se invoquen, cuando el recurso se funde en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, dos sentencias de una misma sección y Audiencia que decidan en un sentido y otras dos en sentido contrario dictadas también por una misma sección y Audiencia. ¿E esta la sujeción al imperio de la ley? ¿Es este el modo de lograr la «deseable unidad jurisprudencial» y la «autoridad jurídica» o la «eficacia ejemplar» de la doctrina ligada al precedente[30]?

El caso es que el *ejemplo* dado por el Tribunal Supremo ha hecho fortuna en los escalones inferiores y no son extraños los acuerdos alcanzados y publicados —con una difusión limitada— por magistrados de Audiencias Provinciales, juntas de jueces o titulares de juzgados especializados por razón de la materia, a los que, en ocasiones, se suman los letrados de la Administración de Justicia y que versan sobre cuestiones procesales—desde normas de reparto por criterios cualitativos a la ordenación del trámite, incluida su procedencia y el momento de su inserción—. Habrá quien prefiera la seguridad que proporcionan estas iniciativas a la atomización de criterios y a la incertidumbre a que esta conduce, pero no es ese el camino para que tales efectos se corrijan. La quiebra del art. 1 LEC conduce a la confusión de los conceptos porque no otra cosa es convertir en legislador al que tiene como función la de juzgador.

Bibliografía

Aguilera Morales, Marien (2018): «TJUE, proceso civil y tutela del consumidor: repaso de un año que termina y previsiones en torno a otro que comienza», en *Revista General de Derecho Procesal* 44 (2018).

Armenta Deu, Teresa (2016): «Derivas de la justicia: una reflexión abierta», en *Derecho, Justicia, Universidad.* Liber amicorum *de Andrés de la Oliva Santos,* vol. I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 141-165.

Barona Vilar, Silvia (2016): «"Justicia integral" y "access to Justice". Crisis y evolución del "paradigma"», en *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de la Justicia* (ed.: Barona Vilar). Madrid, Thomson-Civitas, pp. 31-56.

Bonet Navarro, Ángel (2015): *La experiencia procesal del fracaso del Derecho*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza.

30. Las expresiones entrecomilladas son utilizadas por la Exposición de Motivos de la LEC.

BONET NAVARRO, Ángel (2016): «Eficacia ordenadora del principio de autonomía privada y de sus límites en el sistema procesal civil», en *La autonomía privada en el Derecho Civil*, (dir.: Parra Lucán), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, pp. 403-503.

BONET NAVARRO, José (2017): «La reclamación de créditos por el abogado y procurador frente a sus clientes tras la STJUE de 16 de febrero de 2017 (C-503/2015)», en *Justicia* 2017-1, pp. 213-262.

CALAMANDREI, Piero (2016): *Sin legalidad no hay libertad*, (trad.: Andrés Ibáñez), Madrid, Trotta.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2004): *Derecho Procesal. Introducción,* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), 3ª ed., Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (2001): «Un torpedo a la casación», en *Tribunales de Justicia*, febrero/2001, pp. 1-8.

ESTEVE PARDO, José (2015): *Estado garante. Idea y realidad.* Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

HERRERO PEREZAGUA, Juan F. (2014): *Lo jurisdiccional en entredicho*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi.

HERRERO PEREZAGUA, Juan F. (2018): «Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio», en *Revista General de Derecho Procesal* 45, 2018.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (2002): *El interés casacional*, Madrid, Civitas.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (2013): «La oposición a la ejecución», en *Proceso civil y mediación* (con Bonet Navarro, Calatayud Sierra y Herrero Perezagua), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, pp. 297-349.

NIEVA FENOLL, Jordi (2012): «La mediación: ¿una "alternativa" razonable al proceso judicial?», en *Actualidad Civil* núm. 15.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco (2016): *Elogio de la nada procesal*, Barcelona, Atelier.

SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (2017): «Concepto y rasgos definitorios de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2012», en *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal* (dir.: García-Rostán y Sigüenza López), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, pp. 75-119.

II. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: ¿ES NECESARIO MENOS PROCESO?

1 | Métodos alternativos de resolución de conflictos ¿es necesario menos proceso?

Raquel Castillejo Manzanares
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

1. Mediación en asuntos civiles y mercantiles

Según el informe global de competitividad del *World Economic Forum*, España ocupa el puesto 63 entre 142 países de eficiencia del marco jurídico en la resolución de controversias, algo que no resulta coherente con los estándares de seguridad jurídica que precisa un país como el nuestro[1].

Semejante afirmación no hace sino confirmar el panorama de crisis en que la Administración de Justicia se halla en España, aunque no sólo nuestro país, el resto de Europa se encuentra en una situación parecida a la nuestra.

En efecto, son muchos los órdenes en que se introduce la mediación como mecanismo de solución de conflictos, alternativo o complementario. Y ello porque siendo el proceso judicial un modo de actuar la tutela, hay otros, pues junto a los modelos en los que existe una posición protagonista de los órganos del Estado en la resolución de los conflictos, tiene perfecta cabida en el Estado de Derecho un ámbito de resolución de controversias en el que no tiene que intervenir necesariamente un órgano del Estado. Esto no deslegitima en absoluto la función del Estado, y en concreto del Poder Judicial, para la resolución de conflictos, como potestad derivada de la soberanía del Estado y como servicio público de tutela judicial al ciudadano. En este sistema se encuadra la mediación.

1. Blas González, *Reflexiones sobre la Ley de Mediación (III),* Derecho y Noticias Jurídicas-http//www.diariojuridico.com, marzo 29, 2012.

La opción europea a este respecto es clara, implementando medios alternativos a la controversia judicial:

— La Directiva Europea sobre ADR en el ámbito civil y comercial, Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.
— 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/JAI, de 15 de marzo de 2001, sobre la implantación de la mediación en la vía penal.
— Las distintas Recomendaciones del Consejo de Europa a los Estados Miembros en los ámbitos del Derecho de familia (R1/1998) y del Derecho penal (R19/1999)

Pues bien, así las cosas, es precisamente el orden jurisdiccional civil en el que mayores posibilidades existen de alcanzar la tutela efectiva a través de otros mecanismos distintos del Poder Judicial, como es la mediación, y ello por cuanto la aplicación del derecho privado en el proceso civil va a implicar que en la base del mismo se halle el principio de autonomía de la voluntad y, con él, la disponibilidad del objeto del proceso, que, de alguna manera, genera esa posibilidad de decidir si se prefiere acudir a la vida judicial reclamando de los órganos jurisdiccionales del Estado el ejercicio de la función jurisdiccional o, por el contrario, si se prefiere, obtener la tutela efectiva por cualquiera de los otros medios que permite el derecho.

Así pues, resulta fundamental en lo que respecta a la necesidad de legislar sobre la mediación, las exigencias actuales de la Unión Europea. En efecto, desde hace algunos años se asiste en los Estados miembros al desarrollo de las modalidades llamadas alternativas de solución o de resolución de conflictos[2]. Las ventajas inherentes a estas modalidades de justicia privada y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales suscitaron un interés renovado hacia estos métodos de apaciguamiento de los conflictos más consensuales que el recurso al juez o a un árbitro. A escala comunitaria, se han desplegado esfuerzos considerables para acompañar su desarrollo, especialmente en el ámbito de la sociedad de la información, con miras a incrementar la confianza del consumidor y de la pequeña y mediana empresa en el comercio electrónico.

En este contexto, la Unión Europea incluye entre sus intereses fomentar el acceso a los métodos alternativos de resolución de conflictos, lo cual es patente

2. La mediación es un complemento de la jurisdicción como sistema de solución de conflictos, no pudiendo entenderse como un método excluyente o antagónico de la misma.

en su normativa concreta sobre mediación y conciliación. La política que impulsa el acceso a los medios alternativos de resolución de conflictos se inscribe en el marco de facilitar a los ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia, y más concretamente, el derecho de acceso a la justicia, promoviendo la resolución satisfactoria de los conflictos, por una parte, y por otra, estableciendo unas vías de resolución que impidan el colapso de la jurisdicción, garantizando el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, aunque también, ya en materia penal, y desde el punto de vista de la protección a las víctimas, se impulsa la mediación como medio de reparación de los daños producidos. En este sentido en los Consejos Europeos de Viena de diciembre de 1998 y de Tampere de octubre de 1999, se recogió la necesidad de estudiar la posibilidad de elaborar modelos de solución no judicial de litigios, especialmente cuando se trata de conflictos familiares transnacionales.

Con posterioridad el Consejo de Ministros de Justicia e Interior invitó a la Comisión a que presentara un libro verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de derecho civil y mercantil distintas al arbitraje, en el que analizará la situación existente e iniciara una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que conviniera adoptar.

En abril de 2002, la Comisión publica el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

La Directiva Europea 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pretendió en esencia mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos y de las empresas, insertándose en la línea de acción propuesta por la Unión Europea en el marco tanto de la cooperación judicial como extrajudicial y en el del libre acceso a la justicia, fomentando así un espacio de libertad, seguridad y justicia en el mercado interior.

En España, en los últimos tiempos, se viene reconociendo a la mediación como una vía apta para la solución de conflictos, por la intervención normativa de varias Comunidades Autónomas para regular la mediación, eso sí, constreñida a la estricta la esfera de las relaciones familiares.

Las leyes de las diferentes Comunidades Autónomas, tratando de dar cumplimiento a la Recomendación nº R(98) 1, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que postulaba este instrumento para facilitar la solución pacífica de las controversias familiares, han ido apareciendo en el panorama normativo español, imponiéndose con una enorme pujanza y vigor. Y ello hace que cupiera plantearnos en España la necesidad de una ley de mediación estatal de ámbito de actuación más extenso que el previsto por las Comunidades Autónomas. A este respecto son varios los factores que inciden en la nece-

sidad de España lleve a cabo la redacción de una Ley de Mediación de ámbito más amplio al actualmente existente en las Comunidades Autónomas en las que, en la actualidad, existe restringido al marco familiar.

En lo que respecta al ámbito estatal, el legislador estatal no había regulado hasta ahora la mediación, pese al amplio debate a nivel procesal que surgió al elaborarse la LEC 1/2000. La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio introdujo referencias puntuales en los artículos 770 y estableció en la Disposición final tercera:

> «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas».

Se identificaban los cuatro principios clásicos: el carácter voluntario, la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad, a la vez que se deja constancia de que existen servicios, ya en marcha, en diferentes comunidades autónomas. Sin embargo, ese mandato se siguió con cierta laxitud, pues sólo en el 2010 se presenta un Anteproyecto de Ley, en cumplimiento de la obligación del Estado de transponer la Directiva

Será por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por el que se da una regulación general a la mediación en nuestro ordenamiento. Poco después la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, deroga el anterior, la justificación de porqué primero el Real Decreto y posteriormente esta Ley, se halla en su Exposición de Motivos, en ella se dice que «*La Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. Por su lado, la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002.*

Precisamente el transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE, que finalizó el 21 de mayo de 2011, justificó el recurso al Real Decreto-Ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se puso fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea».

Estas normas no sólo han sido fruto de lo previsto en la citada Directiva europea, sino también y además, de la certidumbre por parte del Poder Judicial de que la mediación es un instrumento útil en el marco de la litigiosidad civil. Así se puso de manifiesto entre otras ocasiones por los participantes en los cursos destinados a jueces y fiscales celebrados en la Escuela judicial[3], quienes concluyeron:

a. En el marco de la litigiosidad en el ámbito civil son habituales los procesos judiciales en los que las partes han de seguir relacionándose en un futuro, por el hecho de mantener intereses comunes. Por ello se hace necesario solucionar el conflicto y no solo terminar con la contienda.
b. Resulta la metodología más adecuada en el ámbito del derecho de familia, quedando bastante alejada en la actualidad la metodología de la confrontación judicial clásica.
c. A pesar de la previsión legislativa de la conciliación, la mediación se entiende como un mejor mecanismo de resolución de conflictos en cuanto aquélla, ofrece escasos resultados positivos y no siempre es rigurosa desde el punto de vista técnico. El juez no tiene por qué tener habilidades negociadoras y, en los supuestos en los que se produzca dentro del proceso judicial, el riesgo de prejuzgar es muy alto, por lo que en muchos países son unos los jueces que intentan la conciliación, y otros los que conocen del proceso contencioso.
d. La invitación que se viene haciendo a las partes en algunos órganos jurisdiccionales para que, previa suspensión del litigio, aquéllas intenten el procedimiento de mediación, está dando excelentes resultados incluso en los supuestos en los que informados de lo que es no se ha seguido después la mediación. La formación de la convicción de optar por no aceptar la mediación, y la verbalización, de forma solemne, de que prefieren el proceso contencioso, sitúa la contienda judicial en un contexto diferente. Las estadísticas que se han realizado muestran que en un número importante de casos, los litigantes alcanzan acuerdos, cuando menos respecto a cuestiones parciales, a lo largo del litigio, o inmediatamente después de haber sido dictada la sentencia.
e. Lo factible que resulta poder acudir al procedimiento de mediación en todo momento, tanto en la fase de medidas provisionales, como en el de alegaciones, audiencias previas, e incluso durante la tramitación de la apelación; siendo incluso posible en la fase de ejecución, la que se aconseja cuando se trata de problemática en el ejercicio de la responsabilidad parental, custodia y visitas.

---

3. ZAPATERO GÓMEZ, J./SÁEZ VALCÁRCEL, R./ORTUÑO MUÑOS, J.P., *Conclusiones,* en «Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. Consejo General de Poder Judicial. Escuela Judicial. III Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007, pp. 631 y ss.

f. Las ventajas que se obtienen con el procedimiento de mediación son múltiples:
   a. Mantenimiento de relaciones futuras pacíficas
   b. Abaratamiento de los costes
   c. Rapidez de la resolución
   d. Adaptabilidad del proceso a sus necesidades
   e. Responsabilidad en la autogestión de sus problemas, asumiendo su capacidad para resolverlos por sí mismas de forma mucho más satisfactoria
   f. La siempre factible colaboración futura pues los acuerdos se adoptan por las partes, lo que evita problemas de un posible proceso de ejecución
   g. El mantenimiento en todo momento del carácter voluntario de la decisión de estar y permanecer en el proceso de mediación.

Pues bien, el legislador español lo ha introducido pero con desconocimiento absoluto de lo que sea o como debe implementarse. De hecho se salta una de las notas definitorias de este procedimiento, la voluntariedad, que consiste en que las partes en conflicto son libres para acudir a aquél, de mantenerse en él o de retirarse del mismo en cualquier momento. Al respecto, el Libro Verde de la Unión Europea sobre los métodos alternativos de resolución de los litigios en materia civil o mercantil, establece en su apartado sexagésimo cuarto que «*podría ser inútil obligar a alguien a participar en un ADR contra su voluntad, en la medida en que el éxito del proceso depende de esa voluntad*».[4]

A pesar de ello, en algunos países la mediación ha sido introducida en determinados ámbitos del derecho como un paso necesario y obligatorio. En este sentido, la Recomendación (2001)9, del comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los métodos alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas, declara que el intento de mediación puede ser impuesto por la ley. Así, en la legislación noruega, que establece una mediación familiar en los procesos de separación y divorcio; en

---

4. Martin Diz, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia,* Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación judicial, 2010, pp.. 72/73, entiende que son inaceptables, e incluso de nulo valor jurídico, las disposiciones legales, las clausulas compromisorias, e incluso las resoluciones judiciales que impongan la mediación obligatoria como requisito previo e imprescindible antes de proceder en vía jurisdiccional. No sólo contravienen un principio fundamental de la mediación, como es la voluntariedad, sino que, y esto es más grave y peligroso, conculcarían el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE, por cuanto establecen una limitación injustificada, irrazonable y desproporcionada al ejercicio de un derecho fundamental.
Las partes han de ser totalmente libres para acudir a la mediación, para participar en las sesiones que compongan su desarrollo, e igualmente para dar por terminada la mediación. Sólo desde la voluntariedad y la libertad de las partes en la disposición de sus derechos y de la solución de los mismos podrán darse las condiciones óptimas para dispensar este método autocompositivo de solución de conflictos, salvo en aquellos casos en que el mediador, en el ejercicio de sus funciones, aprecie que debe darse por finalizado el procedimiento ante la falta de colaboración de las partes, o bien si no se respetan y observan los principios básicos de la mediación, o si considera que la utilización de la mediación se está efectuando con ánimo fraudulento y dilatorio para la efectiva resolución del conflicto, o incluso cuando estime que se está causando con la mediación un perjuicio a una de las partes que es mayor al posible beneficio que para esta puede tener el acuerdo que se obtenga en la mediación.

Alemania su Código de Procedimiento Civil dispone la mediación obligatoria en asuntos de naturaleza financiera, en controversias de barrio y en casos de difamación. En Francia, por ley 305/2002, de 4 de marzo, el juez puede imponer a las partes someterse previamente a la mediación cuando se trata de asuntos dentro del ámbito de familia. Y en Argentina la Ley 24.573/1995, de mediación, dispone que la mediación tiene carácter obligatorio previo a todo juicio.

En este marco, el legislador español prevé que cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula habrá de surtir efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.

Con semejante previsión se está contrariando dichos principios. En efecto, es claro que de acuerdo al principio de voluntariedad cabe pactar en un contrato la sumisión a mediación en caso de conflicto. Pero teniendo en cuenta este mismo principio, cabe que si el contrato no se lleva a efecto tal y como se pactó, una de las partes decida no acudir a un procedimiento de mediación, a pesar del pacto previo, sino al proceso judicial. Si el legislador fuerza al cumplimiento de la cláusula de sumisión a mediación, se está con ello contraviniendo los principios de voluntariedad y libre decisión de las partes.

En definitiva, la imposición de acudir a un medio de resolución extrajudicial no puede imponerse de modo obligatorio, porque en dicho caso la parte obligada nunca consentirá en llegar a un acuerdo y minará el procedimiento de mediación. La base de la mediación es el sometimiento voluntario y el deseo de las partes de solucionar por sí mismas su controversia.

Hasta tal extremo llega la contradicción del legislador con la filosofía de la mediación y el espíritu de dichos principios, que se modifica el artículo 395.1 LEC, y se prevé que se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado el procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación.

Con esta última previsión se fuerza al demandado a acudir a mediación pues, en caso contrario, se entenderá que existe por su parte mala fe. Se sigue conculcando de esta manera el principio de voluntariedad de la mediación, haciendo de ella un mecanismo de solución de conflictos inútil, pues si se induce a acudir a ella, se hará para evitar perjuicios pero no por interés en llegar a acuerdos.

Pero también se fuerza al demandante, pues el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por haberse sometido a mediación la controversia[5].

Así bien, el compromiso de sometimiento a mediación y a la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación, durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. Dicha declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones de mediación.

Se trata por tanto de que en la mediación, la autonomía de la voluntad de las partes les permite acordar dicha fórmula como válida para la solución de posibles disputas futuras, restringiéndose aquélla pues, una vez suscrito el pacto de sometimiento, la parte no podrá desentenderse de él y acudir a la vía judicial. La única diferencia que hay con el pacto de sometimiento a arbitraje es que en éste además tampoco podrá eludir una vez iniciado el procedimiento arbitral previsto, así como la decisión que ponga fin al mismo (laudo). Así bien, habiéndose acordado el sometimiento de un conflicto a mediación o ya habiéndose iniciado el procedimiento, las partes podrá desistir del mismo, no pudiendo ser compelidas a obtener un acuerdo.

Termina el legislador obviando la voluntariedad en el mecanismo que arbitra para ejecutar el acuerdo al que se llegaré. En efecto, el acuerdo fruto del proceso de mediación, ya sea extrajudicial o intrajudicial, destacando de forma sustancial que el legislador ha previsto que pueda tener efectos ejecutivos.

Cuando la mediación se produce en el seno del proceso judicial, al requerir auto del juez homologando el acuerdo, parece tener lógica que éste sea ejecutable por vía del proceso de ejecución si no se cumpliere voluntariamente. El problema radica en el procedimiento de mediación extrajudicial, pues se prevé en el artículo 517 apartado 2 número 2 LEC que serán título ejecutivo «*los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles».*

En este sentido, una vez que las partes llegaren a un acuerdo, el mediador habrá de informarlas del carácter vinculante del mismo y de que pueden instar su

---

5. En el Derecho belga se prevén expresamente las cláusulas de sumisión previa a mediación, así según el art. 1725.1 del Código judicial belga: «todo contrato puede contener una cláusula de mediación, por la que las partes se obligan a recurrir a la mediación previamente a cualquier otro modo de resolución de sus eventuales diferencias que la validez, formación, interpretación, ejecución o la ruptura del contrato podría suscitar».

elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como título ejecutivo.

Desde luego queda a la libertad de las partes el que los acuerdos alcanzados al margen del proceso se documenten públicamente en función del grado de cumplimiento diferido que quede pendiente, y de la confianza de las partes en la voluntad manifestada, como en cualquier contrato.

2. El procedimiento de mediación concursal

La Directiva 2008/52/CE a la que ya hemos aludido también introduce la mediación en asuntos mercantiles. De esta forma se incita a los Estados a introducir la mediación en las relaciones entre ciudadanos, o entre estos y las compañías mercantiles.

No cabe sino preguntarnos a continuación, qué implica o significa el hecho de introducir la mediación en las relaciones ciudadano-compañías mercantiles. Y la respuesta es clara. Por un lado, un avance en el ordenamiento jurídico español pues se hacía precisa una ley que regulara la mediación para la solución de controversias civiles y mercantiles. Por otro, un reto importante, en cuanto se requiere de un período de promoción y consolidación entre quienes integran nuestro tejido productivo. De hecho, y aunque el arbitraje sí que se reconoce como un instrumento apto para la solución de controversias mercantiles, todavía no se acude a él de forma regular y habitual. Por ello, será costoso que se de el paso del arbitraje a la mediación, aún cuando esta última allana el camino a los intervinientes y no genera, lo que en materia mercantil parece especialmente relevante, los costes excesivos.

A este respecto opinan los magistrados especialistas en Derecho mercantil[6], poniendo de manifiesto las causas que hacen propicia la reforma así como la introducción de la mediación en el ámbito del concurso:

a. Según el Magistrado de lo Mercantil núm. 1 de Asturias, Alfonso Múñoz, son ineficaces los jueces en el concurso si éstos tienen un papel casi omnímodo, como ocurría hasta hace bien poco cuando llegábamos hasta el punto de decidir si la venta de unos vehículos en el proceso concursal se valoraba en tres mil euros. Por este motivo, hay que confiar en que los ad-

6. Los magistrados defienden la figura del mediador concursal, en «Sociedad-Canarias ahora-El primer periódico digital de Canarias», http://www.canariasahora.es/articulo/sociedad/los-magistrados-ab...n-por-la-figura-del-mediador-concursal/20130711173513408829.html.

ministradores concursales van a obrar con rectitud, ya que lo que no puede ser es que el juez lo controle absolutamente todo, hasta lo más mínimo, porque al final no puede atender las cuestiones más importantes y los procesos concursales se dilatan en el tiempo.

b. El tiempo que tardan los deudores en solicitar el concurso es uno de sus problemas según JUAN MANUEL DE CASTRO, el magistrado responsable del concurso y la liquidación de la compañía Spanair, uno de los procesos concursales más relevantes del panorama español por contar con más de trescientos mil acreedores. En efecto, dice que «*la tardanza de muchas empresas en presentarse a estos procesos hace que los jueces se pongan más el traje de enterrador que el traje de salvador*». En este sentido el magistradoALFONSO MUÑOZ también resalta que el hecho de que de cada diez empresas que se prestan a concurso en España, nueve se liquiden, se debe a la cultura concursal del empresario español, cuyo mal endémico es ir al concurso tarde.
c. Otro de los principales problemas de la lentitud en los procesos concursales, que llegan a retrasar sus conclusiones hasta cuatro años, se debe a los escasos recursos de los juzgados de lo mercantil en el país, como consecuencia del déficit público. Hay una insuficiente planta de los juzgados de lo mercantil para responder al problema de la insolvencia. Los juzgados de lo mercantil han sido devastados por el número de procesos concursales que han sucedido en España, que a su vez se han visto afectados como consecuencia de la crisis.

En definitiva, la oportunidad es propicia para la mediación mercantil, así lo pone de manifiesto el magistrado del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, ANER URIARTE, el que se halla coordinando una experiencia piloto sobre la mediación concursal en el País Vasco, «*Estamos obteniendo un porcentaje nada despreciable de éxito con la puesta en marcha de la figura del mediador concursal en el proyecto piloto que estamos desarrollando en el país Vasco desde hace dos años y medio*». Con ella se pretende desjudicializar los procesos concursales, o lo que es lo mismo, establecer un arreglo extrajudicial del conflicto con los acreedores para evitar la solución puramente judicial concursal.

Como hemos puesto de manifiesto, el legislador avanza en la búsqueda de soluciones ante la dificultad de resolución de las controversias civiles y mercantiles en los Juzgados, y redacta la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Según las conclusiones de la primera mesa redonda sobre mediación concursal, organizadas por *Dictum* Abogados, el Foro negocia y Centro de Negociación y Mediación de *IE Business School*[7], para la Ley de mediación

7. *La nueva Ley de mediación, puerta abierta a la mediación concursal,* diariojurídico.com-Derecho y Noticias Jurídicas, en http://diario juridico.com/actualidad/noticias/la-nueva-ley-de-mediacion-puerta-abierta-a-la-mediacion-concursal.html.

en asuntos civiles y mercantiles supone un avance al dotar de entidad a la mediación como cauce de resolución de conflictos y, aunque no incluye expresamente la mediación concursal, que habrá de regularse en algunos aspectos, si permite su aplicación, que necesitará de mediadores formados que adopten una postura activa en la búsqueda de la solución al conflicto.

A raíz de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles se ha despertado el interés de muchos por la regulación específica de la mediación concursal, muestra de ello es la contemplación en la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, de este cauce alternativo de resolución de controversias. Esta última, nace con el objetivo de realizar reformas favorables al crecimiento y la actividad económica. Por ello modifica numerosos aspectos de la Ley Concursal, especialmente en materia preconcursal:

— La modificación de los Acuerdos de Refinanciación Formal regulados por la Disposición Adicional Cuarta. Se incluye una regla más flexible del cómputo de la mayoría del pasivo que suscribe el acuerdo, de cara a la extensión de la espera pactada por la mayoría de las entidades no participantes o disidentes.
— La regulación más completa del procedimiento de designación del experto independiente encargado de emitir el informe sobre la viabilidad del deudor y la proprocionalidad de las garantías.
— Y la más destacable en lo que a nos concierne, en lo relativo a la facilitación de acuerdos extraconcursales entre determinados tipos de deudores y sus acreedores mediante un sistema denominado «*acuerdo extrajudicial de pagos*» y protagonizado por la nueva figura del mediador concursal.

Pues bien, como decimos, la reforma introduce un nuevo Título X en la Ley Concursal que regula el denominado «Acuerdo extrajudicial de pagos», un mecanismo que pretende la negociación extrajudicial de un «Plan de pagos» con los acreedores, como alternativa al concurso y al Acuerdo de Refinanciación Formal.

Desde luego la mediación tiene pleno sentido en el período previo al concurso de acreedores, que es donde la Ley concursal pretende que el concursado lleve a cabo una labor de negociación con sus acreedores, que le permita evitar el concurso de acreedores. En este sentido el artículo 5 bis de la Ley Concursal prevé que «*el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley*».

Esta previsión es necesaria a la vista de que en la actualidad se están produciendo retrasos de hasta casi un año para admitir a trámite un concurso de acreedores en algunos juzgados. Mientras esto ocurre, el patrimonio del empresario o la empresa se ve sujeto a constantes ejecuciones, tanto de las Administraciones Públicas como de otros acreedores. Incluso pueden sufrir un aumento de costes laborales. Toda esta sangría podría ser frenada a través del acuerdo extrajudicial de pagos, pues se supone que la designación por el Notario o el Registrador Mercantil, será más ágil y se producirá de forma automática la suspensión de todas las ejecuciones. No obstante, si el Mediador entiende que la empresa es inviable deberá promover de forma inmediata el concurso, aunque ya con las ejecuciones suspendidas[8].

La admisión[9] o inadmisión de la solicitud se hace depender, a la vista de lo regulado en el artículo 232.3 de la Ley Concursal, de la justificación del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial, de que el deudor no se halle en alguna de las situaciones previstas en los apartados 3 ó 4 del artículo 231, y de que no falte alguno de los documentos exigidos o los presentados fueren completos.

---

8. Sin embargo,, la negociación de este acuerdo no podrá llevarla a cabo cualquier empresario, sino únicamente la persona natural con insolvencia actual o inminente y con un pasivo inferior a cinco millones de euros, así como la persona jurídica en estado de insolvencia con menos de cincuenta acreedores o con un activo o pasivo inferior a cinco millones de euros, siempre que en ambos casos se puedan sufragar los gastos del acuerdo y el patrimonio e ingresos previsibles permitan un acuerdo viable.
A *sensu* contrario, no podrán negociar este tipo de acuerdos:
a. *Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.*
b. Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación.
c. Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.
d. Las personas que, dentro de los tes últimos años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial, homologado un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declarados en concurso.
e. *Asimismo quienes negocien un Acuerdo de Refinanciación Formal o hayan solicitado la declaración de concurso y su solicitud hubiera sido admitida a trámite.*
f. Y finalmente, quien tenga un acreedor en situación de concurso que se vaya a ver afectado por el acuerdo.
También se prevén límites en lo relativo a los créditos que puedan verse afectados. Así los créditos de derecho público y los créditos con garantías real no podrán verse afectados por el acuerdo, salvo aceptación expresa de sus titulares.
En este contexto se crea la figura del mediador concursal, cuya finalidad es la consecución de la aprobación de un acuerdo de pagos que permita la supervivencia de la empresa. Para ello, el deudor habrá de haber puesto en conocimiento del Juzgado competente para la declaración del concurso, que ha iniciado negociaciones en aras de alcanzar un acuerdo de refinanciación o con el propósito de obtener las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. De esta forma, se inicia el expediente para la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos, durante el cual el deudor no podrá ser declarado en concurso.

9. Una vez admitida la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor deberá solicitar el aplazamiento de los créditos de Derecho Público pendientes de ingreso. El acuerdo que resuelva el fraccionamiento o aplazamiento de dichos créditos se dictará cuando se formalice el acuerdo extrajudicial de pagos y tendrá como límite la espera pactada en éste, aunque la periodicidad de los plazos podrá ser diferente.

El mediador habrá de ser designado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor si éste es un empresario o una entidad inscribible. En caso contrario, será designado por un Notario.

Una vez solicitado el acuerdo extrajudicial de pago[10] y aceptado el cargo por el mediador propuesto, el registrador mercantil o Notario al que se hubiere solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso.

El mediador concursal procederá a comprobar la existencia y cuantía de los créditos y a convocar al deudor y a los acreedores a una reunión para alcanzar un Plan de Pagos.

Tan pronto como sea posible, y es aquí cuando se le pide al mediador una posición activa y conocimientos cualificados, y al menos veinte días antes a la reunión, debe remitir a los acreedores el Plan de pagos que deberá contener una quita no superior al veinticinco por ciento y una espera no superior a tres años. El Plan de Pagos irá acompañado de un plan de viabilidad, una propuesta de cumplimiento de las nuevas obligaciones que se vayan devengando y un plan de empresa. El Plan de pago podrá incluir daciones en pago.

Sin lugar a duda ninguna, esta función distorsiona la figura del mediador en cuanto les implica de manera directa.

A partir de la comunicación al Juzgado se da un plazo de tres meses para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, porque no siendo así el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiere solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de solvencia. Plazo que en muchos casos se hará escaso, debiendo haberse previsto una posible petición de prórroga pues dependerá mucho del número de acreedores, del número de créditos, etc.

---

10. Conforme al art. 232 de la ley concursal «2. *La solicitud se hará mediante instancia suscrita por el deudor, en la que el deudor hará constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos reglares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo.*
Si el deudor fuere persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio, y si estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, acompañará asimismo las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios».

La reunión con los acreedores servirá para ofrecer una propuesta de pagos acompañado de un plan de viabilidad. Los acuerdos deberán tener por objeto la refinanciación o la consecución de una propuesta anticipada de convenio. Según se persiga uno u otro objetivo, la mediación tendrá una mayor o menor flexibilidad ya que vendrá marcada por las previsiones establecidas en la Ley Concursal para el Convenio Anticipado.

Si la ediación pretende la refinanciación de la empresa, estaremos ante unos procedimientos de mediación más puros, pues la misma se llevará a cabo seleccionando los acreedores cuya actuación puede provocar de forma más inmediata el estudio previo para seleccionar aquellos acreedores con los que se ha de desarrollar la mediación, aunque lo óptimo será realizarla con todos o la mayor parte de ellos. En este momento los acuerdos son más flexibles y no es fundamental el respeto el principio de la *par conditio creditorum*, pero no hay que obviarlo puesto que podríamos encontrarnos con posteriores acciones rescisorias. En estos acuerdos se pueden incluir otros adicionales que no sean de refinanciación. En este tipo de acuerdo es donde la mediación alcanza toda su riqueza.

Si de lo que se trata es de obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, la distinción de este tipo de mediación con la de otros ámbitos es total, pues en este caso la mediación concursal tiene cierta rigidez que no es característica de otras. Esta rigidez viene determinada por el principio concursal de respetar la *par conditio creditorum*, y en la fijación de un objetivo concreto, la aprobación de un acuerdo concreto con los acreedores, pero no cualquier tipo de acuerdo sino de un acuerdo homogéneo que cumpla los requisitos del artículo 100 de la ley concursal, es decir, que respecto de los créditos ordinarios no podrá exceder de quitas superiores al cincuenta por ciento ni esperas superiores a los cinco años.

Puede incluir además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos, puede incluir proposiciones de enajenaciones de bienes, pero la propuesta no podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo de la persona jurídica concursada. Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos y de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compro-

misos de su prestación por terceros. Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio.

A partir de este momento las situaciones posibles son:

— El mediador se verá obligado a solicitar el concurso si:
  a. Tras el envío del Plan de Pagos los acreedores que representen la mayoría del pasivo deciden no continuar con la negociación.
  b. El Plan de Pagos es rechazado en la reunión[11].
  c. El Plan de Pagos es aprobado en la reunión[12] pero posteriormente no lo cumple el deudor.
  El concurso consecutivo es el que se declara, a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores cuando se demuestre imposible alcanzar un Acuerdo extrajudicial de pagos, o si éste resultara incumplido o anulado. En dicho concurso se abrirá simultáneamente la fase de liquidación, salvo insuficiencia de activos, en cuyo caso se seguirán las normas específicas para los concursos sin masa activa.
  En el concurso se designará administrador concursal al mediador concursal, sin que tenga éste derecho a mayor retribución que la que le correspondiera por su previa mediación en el acuerdo extrajudicial, salvo que el Juez aprecie circunstancias excepcionales.
— Se aprueba el Plan de Pagos y, por tanto, el Acuerdo extrajudicial. En este supuesto ninguno de los acreedores afectados por el mismo podrá iniciar o continuar ejecuciones por deudas anteriores a la publicación del inicio del expediente.
  El acuerdo extrajudicial se elevará a escritura pública y, en su caso, se inscribirá en el Registro mercantil. Además, se comunicará al Juzgado competente para la declaración del eventual concurso del deudor, debiendo ser objeto de publicación en el BOE y en el Registro Público Concursal.
  El mediador queda en todo caso encargado de vigilar el cumplimiento del acuerdo, a diferencia del Administrador Concursal en los convenios, que sólo lo hace cuando expresamente se le encomienda, y si lo entiende cumplido, lo hace constar en acta notarial.

---

11. La mayoría necesaria para la aprobación del Plan de Pagos será del sesenta por ciento del pasivo, o del setenta y cinco por ciento si incluye daciones en pago, debiendo contar en este caso con la aprobación de los acreedores con garantías reales sobre los bienes cedidos en pago. Para el cómputo del *quorum* sólo se tendrán en cuenta a los acreedores afectados por el Plan de Pagos.

12. Los acreedores están obligados a asistir a la reunión que convoque el mediador concursal, salvo aquéllos que ya se hubieran pronunciado a favor o en contra del Plan de Pagos con anterioridad. A quienes no asistieren ni se manifestaren antes a favor o en contra, se les subordinarán sus créditos en el posible futuro concurso, salvo que fueren titulares de créditos con garantía real.

3. El procedimiento de mediación en acciones colectivas

El Libro Verde del «*acceso de los consumidores a la justicia en el mercado interior*» de 1993 se pretendió diseñar un marco normativo en el que se pudiesen generar mecanismos que asegurasen la eficacia de la protección de los consumidores. En este documento sobre el «estado de la cuestión», se observa la proliferación de ADR en los países miembros para las reclamaciones de consumo que responden a la demanda de procesos ágiles y más baratos que los órganos judiciales. En este documento, junto a las conclusiones que afectan al desarrollo de las ADR se hayan propuestas acerca de las «acciones colectivas».

A partir de ese momento la Comisión emite Comunicación el 14 de febrero de 1996, relativa a un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior COM (96) 13 final, por la que se diseña un plan de acción para el acceso de los consumidores a la justicia, en el que se apuesta por la vía de las ADR en reclamaciones de consumo. Esta priorización se resalta en la Comunicación de 4 de abril de 2001, relativa a la extensión del acceso de los consumidores a los demás sistemas de solución de litigios COM (2001) 161 final, donde se afirma que las ADR en el ámbito de consumo se aprecia como la mejor alternativa, pero sólo se refiere a las peticiones individuales de los consumidores.

Por otro lado, también se ha contado con la Recomendación de la Comisión, 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, que se ciñe a los mecanismos tradicionales heterocompositivos como el arbitraje. Con posterioridad la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril, que ya es aplicable a la mediación. A partir de ellas, dos estudios impulsados por la Comisión han destacado la heterogeneidad de los ADR en materia de consumo dentro de la UE, ya que los distintos países han optado por mecanismos muy diversos. Los estudios generaron la aprobación de la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Con ella se pretende crear un marco regulatorio común para las diversas modalidades de resolución extrajudicial en materia de consumo, ya sea presencialmente —ADR— o en línea —ODR, en las líneas de acceso de los consumidores a la justicia y de desarrollo del comercio transfronterizo.

Aunque dicha Directiva debía ser objeto de transposición antes del 9 de julio de 2015, lo cierto es que en España se ha realizado por Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Su

finalidad no es la de regular ni desarrollar los procedimientos de ADR sino establecer los requisitos que buscan la armonización de la calidad de las entidades de resolución alternativa a las que pueden recurrir los consumidores y empresarios para la solución de sus litigios.

Recordemos a estos efectos que la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluía en su artículo 2.2.d la mediación de consumo. Por ello ha sido necesario que la Ley 7/2017, en su Disposición Final 7ª suprimiera aquél precepto. Siendo así posible la mediación de consumo en España, cabe que se desarrolle dentro de la estructura del Sistema Arbitral de Consumo, en cuyo caso la mediación esta regulada por el RD 231/2008, como mediación pública e institucional; o bien fuera del sistema del SAC, dentro del ámbito privado, regulándose a través de aquélla Ley.

Toda esta normativa, europea y española ha ido más encaminada a consumidores individuales que a acciones colectivas, no obstante, resulta una evidencia que las prácticas comerciales abusivas afectan normalmente a numerosos consumidores, siendo habitual que un número elevado de consumidores pueda verse perjudicado por la misma infracción, siendo complicado que estos puedan enfrentarse de forma individual a los agentes económicos y comerciales que operan en circuitos globalizados y en amplios mercados, sean nacionales o internacionales.

De ahí que las instituciones europeas hayan desarrollado la acción colectiva como instrumento que contribuye a resolver los problemas de los consumidores cuando son varios los perjudicados. Al respecto cabe mencionar como antecedentes, la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, que publicó la Comisión Europea el 11 de junio de 2013, rubricada «*Hacia un marco horizontal europeo de la acción colectiva*», y la Recomendación sobre principios comunes aplicables a los mecanismos de acción colectiva, tanto judiciales como extrajudiciales, de cesación o de indemnización e los Estados Miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión.

En este marco, en esta última Recomendación, se considera que los mecanismos de solución consensuada y/o alternativa de litigios pueden desempeñar un papel complementario en el ámbito de las acciones colectivas, recomendando a los Estados Miembros que desarrollen mecanismos alternativos de solución de conflictos colectivos. Instándolos a que aseguren que se anime a las partes de las controversias surgidas en supuestos de daños masivos a resolver la cuestión indemnizatoria de forma consensuada o extrajudicial, tanto en la fase previa al juicio como durante el mismo.

En el Libro Verde sobre acciones colectivas de los consumidores de 2008, se planteó si la solución consensual colectiva de conflictos debía ser una fase obligatoria en los asuntos judiciales de indemnizaciones colectivas, esto es, si podía convertirse en un requisito legal previo a la acción judicial. A este respecto, el Parlamento Europeo en su Resolución «*Hacia un planteamiento coherente del recurso colectivo*» de 2 de febrero de 2012, propuso que el juez que realice el control previo de admisibilidad de una demanda colectiva goce también de la facultad de ordenar a las partes el intento de alcanzar una solución consensuada de la controversia colectiva antes de presentar la demanda, sin embargo, también dejo claro que estos mecanismos deben seguir siendo vía alternativa a la jurisdicción y no un requisito previo de acceso.

Y siendo cierto que la mediación puede ser ofertada a las partes por los Jueces que conocen de las acciones colectivas, también lo es que resulta complicado su aplicación si tenemos en cuenta que nuestra Ley de Mediación en asuntos civiles y Mercantiles, reconoce fuerza ejecutiva a los acuerdos resultantes de mediación. Y todo ello debido a que no todos los miembros del grupo participan de forma directa en la solución consensuada. Por ello deviene fundamental el papel de control de la legalidad de la solución consensuada que debe realizar el juez. A ello se refiere el punto 28 de la Recomendación, al declarar que toda solución consensuada ha de ser controlada su legalidad por los órganos jurisdiccionales, que velaran por la adecuada protección de los intereses y derechos de todas las partes implicadas.

En definitiva, se insta a los Estados Miembros por parte de la Comisión en la Recomendación a que garanticen que los mecanismos judiciales de las acciones colectivas incluyan la posibilidad de que las partes, antes y durante el litigio puedan acceder a las modalidades alternativas de solución colectiva de conflictos, indicando que el plazo de prescripción aplicable a las demandas pueda suspenderse durante el período comprendido entre el momento en que las partes acuerden resolver el conflicto por un procedimiento de este tipo hasta, al menos, el momento en que una o ambas partes se retiren expresamente de dicho procedimiento.

Parece ser este el camino emprendido de forma determinante por la Unión Europea, en tanto en cuanto, en la actualidad 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 los que se deroga la Directiva 2009/22/CE[13], favorece los acuerdos colectivos extrajudiciales, sin perjuicio del control del órgano jurisdiccional o de la autoridad

13. Bruselas, 11.4.2018. COM(2018) 184 final 2018/0089 (COD).

administrativa. Para ello tiene en cuenta las medidas existentes a escala de la UE relativas a la reparación individual, en particular la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que garantiza que los consumidores de la UE tengan acceso a sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos con garantía de calidad para litigios contractuales nacionales o transfronterizos. Alentándose además a los Estados miembros para que garanticen la disponibilidad de sistemas de resolución alternativa de litigios colectivos[14].

En este marco, establece las normas sobre acuerdos colectivos, previendo que los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer el procedimiento mediante el cual el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa podrán aprobar un acuerdo colectivo alcanzado por una entidad habilitada y el presunto autor de la infracción antes de que la acción de representación relativa a dicha práctica del mismo comerciante comience ante el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa de dicho Estado miembro. En el supuesto de una acción de representación en curso, el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa que supervise la acción debe poder invitar siempre a la partes a llegar a un acuerdo sobre la reparación. La decisión sobre formular la invitación ha de pasar por tener en cuenta el tipo de infracción a la que se refiere la acción, las características de los consumidores afectados, el posible tipo de reparación que se va a ofrecer, la disposición de las partes a llegar a un acuerdo y la diligencia del procedimiento.

En los Estados miembros que, en casos complejos que no estén incluidos en los dos tipos de asuntos previstos específicamente en el artículo 6 apartado 3 de la propuesta[15], opten por permitir resoluciones declarativas relativas a la res-

---

14. Una plataforma de resolución de litigios en línea creada por la Comisión ayuda también a los consumidores y comerciantes a resolver sus litigios nacionales y transfronterizos en relación con compras en línea de bienes y servicios con la ayuda de las entidades de resolución alternativa de litigios. La legislación de 2013 en materia de resolución alternativa de litigios y de resolución de litigios en línea se adapta a las acciones de reparación individual, mientras que la Directiva sobre acciones de cesación esta dirigida a acciones de reparación interpuestas por entidades habilitadas designadas por los Estados miembros para actuar en aras del interés colectivo de los consumidores.

15. Artículo 6. Medidas de reparación.
1. A efectos del artículo 5, apartado 3, los Estados miembros velarán por que las entidades habilitadas puedan interponer acciones de representación solicitando una orden de reparación, que obligue al comerciante a ofrecer, entre otras cosas, indemnización, arreglo, sustitución, reducción del precio, resolución de contrato o reembolso del precio pagado, según proceda. Un Estado miembro podrá requerir el mandato de los consumidores individuales afectados antes de que se dicte una resolución declarativa o 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.
2. Como excepción al apartado 1, los Estados miembros podrán facultar a un órgano jurisdiccional o a una autoridad administrativa para que dicte, en lugar de una orden de reparación, una resolución declarativa relativa a la responsabilidad del comerciante frente a los consumidores perjudicados por una infracción de la legislación de la Unión enu-

ponsabilidad del comerciante infractor frente a los consumidores afectados, el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa que dicte tal resolución siempre tendrá la oportunidad de solicitar a las partes de la acción de representación que llegan a un acuerdo sobre la reparación.

Los acuerdos colectivos alcanzados en todas estas circunstancias estará sujetos a un control del órgano jurisdiccional o de la autoridad administrativa para garantizar su legalidad y equidad, teniendo en cuenta los intereses y los derechos de todas las partes interesadas.

Los consumidores afectados por un acuerdo colectivo aprobado siempre tendrán la posibilita de aceptar o rechazar la reparación ofrecida en el mismo.

4. El procedimiento de mediación en el proceso contencioso administrativo

La mediación en el marco del proceso contencioso administrativo se estructura como un medio complementario a la Administración de Justicia, en el que dos o más partes legitimadas intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo, con la intervención de un tercero, el mediador.

Definida así pareciere que se trata del mismo procedimiento intrajudicial penal, civil o laboral. Pero no, tiene características propias derivadas precisamente de los sujetos del proceso contencioso administrativo, la Administración y los ciudadanos.

En todo caso, con la pretensión de introducir el procedimiento de mediación en el proceso contencioso administrativo, se busca una justicia transaccional por la que se lleguen a acuerdos consensuados basados en el equilibrio de las partes; evitar una justicia tardía; reducir los costes judiciales que los conflictos provocan; y, por último, transformar en la medida de lo posible la relación de la Administración y el ciudadano, introduciendo el diálogo y la comunicación.

---

merada en el anexo I, en casos debidamente justificados en los que, debido a las características del perjuicio individual a los consumidores afectados, la cuantificación de la reparación individual resulte compleja.

3. El apartado 2 no se aplicará en los casos siguientes:

a) Cuando los consumidores afectados por la infracción sean determinables y hayan sufrido perjuicios comparables causados por la misma práctica en relación con un período de tiempo o una compra. En tal caso, la exigencia de mandato de los consumidores individuales afectados no constituirá una condición para iniciar la acción. La reparación se destinará a los consumidores afectados.

b) Cuando los consumidores hayan sufrido una pérdida de escasa cuantía y seria desproporcionado distribuir la reparación. En tales casos, los Estados miembros velarán por que no se requiera el mandato de los consumidores individuales afectados. La reparación se destinará a un objetivo público al servicio de los intereses colectivos de los consumidores.

En cuanto al procedimiento cabe destacar que se podrá instar por el Juez competente, de común acuerdo de las partes o a petición de una de ellas. El procedimiento cabe aplicarse tanto durante la primera instancia, como en fase de recursos o en ejecución de sentencia. La resolución por la que se acuerde admitir el trámite de mediación, se habrá de notificar a cuantos aparezcan como interesados en el proceso a través de la notificación practicada conforme a lo dispuesto en la Ley 39/2015 LPACAP.

El acuerdo de mediación intrajudicial deberá ser autorizado por la autoridad competente cuando afecte directamente a bienes y derechos de la Hacienda pública; si bien no será necesaria la autorización y bastará la intervención del Abogado del Estado o representante legal de la Administración cuando el acuerdo de mediación intrajudicial se refiera a afectaciones patrimoniales indirectas y asuntos de menor cuantía que no alcancen el límite de la cuantía casacional. Tampoco será necesaria en las reclamaciones de cantidad, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por lo que respecta al ámbito formal la mediación será apicable:

a) En los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite la transaccion
b) En los supuestos en que el ordenamiento jurídico admita la terminación convencional del procedimiento administrativo (artículo 86 de la Ley 39/2015 LPACAP)
c) En los supuestos para los cuales el ordenamiento jurídico prevea procedimientos compositivos impugnatorios y sustitutivos de la vía del recurso administrativo al amparo del artículo 112 LPACAP.
d) Respecto al ejercicio de potestades discrecionales de la Administración.
e) En la fijación de hechos controvertidos en las potestades regladas o que son presupuesto de aplicación de normas jurídicas.

Por lo que respecta al ámbito material de la mediación, podrá ser sometidos a mediación siempre que se den los presupuestos formales anteriores:

a) La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.
b) Determinación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. Contratos de derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones.
c) Legislación urbanística, medio ambiente y ordenación del territorio así como la concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación.
d) Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

e) La inactividad de la administración, la via de hecho y el silencio administrativo.
f) Las ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración.
g) Ejecución de sentencias.

5. Procedimiento de mediación en el proceso laboral

En la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles se excluye la mediación de laboral. También, como ya hemos visto, se excluye en penal, con las administraciones públicas y en materia de consumo. Ello es debido a la especificidad en cada caso, así como en algún otro supuesto, en que ya lo establece la propia norma. En concreto, en el ámbito laboral, la exclusión viene dada porque la legislación laboral ya utiliza mecanismos para la resolución extrajudicial de conflictos de trabajo.

Generalmente están enmarcados en la resolución de conflictos colectivos laborales, en materias tales como la interpretación de los convenios colectivos por las partes, la organización de los servicios mínimos en caso de huelga, la propia negociación de acuerdos para organizar las relaciones de trabajo…

Fuera del marco de la mediación quedan supuestos excepcionales, como puede ocurrir con determinadas normas de orden público relativas a la contratación laboral (menores de edad, extranjeros), condiciones de trabajo (jornada, descanso, seguridad).

La legislación laboral española, contempla dos tipos de conflictos, los individuales y los colectivos. Tanto los conflictos colectivos como individuales son materias cuya resolución corresponde a los órganos del orden social, si bien en el caso de los conflictos colectivos han de versar sobre la interpretación de la norma estatal, convenio colectivo, decisión o práctica de la empresa —art. 151.1 LPL—. En lo que se refiere a los conflictos individuales, el ordenamiento exige el intento de conciliación como requisito previo para el proceso, mientras que para los colectivos admite otras vías.

En el ámbito laboral, los procedimientos de solución extrajudicial han experimentado un profundo desarrollo. Sin embargo, en el momento presente la mediación no está implantada de modo genérico en el marco de las relaciones laborales.

Los ADR se han desenvuelto más en el ámbito del conflicto colectivo. Así la celebración del acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos laborales

(ASEC) en 1996 por las grandes patronales CEOE[16] y CEPYME[17] y los grandes sindicatos[18], han dado lugar a una fundación tutelada por el Ministerio de Trabajo que gestiona el SIMA[19], que es financiado por la Administración Central sin costes para el usuario. Los procedimientos que contempla el SIMA hacen referencia a conflictos que adquieran una dimensión estatal, bien sea porque afecte a un sector que exceda del ámbito de una Comunidad Autónoma, o bien porque afecte a centros de trabajo situados en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas.

La razón de que se entienda de que es menos proclive para la mediación el conflicto individual es que se puede entender que en el ámbito individual hay límites a la disponibilidad de los derechos porque el Derecho de Trabajo es reductor de la libertad contractual. Por el contrario, cabe tener en cuenta que la agilidad y adaptabilidad del proceso laboral son particularmente idóneas para este tipo de solución, cuando no estén afectados derechos básicos.

La mediación en el conflicto laboral puede ser más adaptado a éste, en cuanto las relaciones de trabajo son el marco de conflictos con fisonomía propia. Y todo ello debido a que, el desarrollo de la actividad en la empresa se gestiona a través de un vínculo contractual cuyas características permiten comprender cuáles sean las fricciones propias de toda organización. Además, el contrato de trabajo es de tracto sucesivo a diferencia de otros. Por último, cabe destacar la dependencia, la que supone que una de las partes de la relación se subordina a la otra. Pues se trata de una estructura de poder.

En este marco, el Estatuto de los Trabajadores establece que todo trabajador que pretenda reclamar judicialmente al empresario, en lo que se refiere a su relación laboral, tienen antes que intentar la conciliación ante los órganos competentes. El Real Decreto Ley 5/1979, creó el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC), desarrollado por el RD 2756/1979, cuyas competencias han sido transferidas a las Comunidades Autónomas. Así la conciliación laboral, habrá de intentarse ante los órganos que la Comunidad Autónoma haya establecido, al estar esta materia transferida. La Ley de Procedimiento Laboral, en sus artículos 63 a 68, dispone que tanto el trabajador como el empresario, tienen la obligación de asistir al acto de conciliación pudiendo ser multado sino asiste, aunque eso en la práctica no sucede, y la comparecencia da vía libre la trabajador, para entablar demanda en el orden social, o bien si

16. Confederación Española de Organizaciones empresariales.

17. Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

18. CCOO y UGT.

19. Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje.

es el trabajador el que no comparece, se procede al archivo del expediante y la imposibilidad d edemandar en la jurisdicción laboral.

6. El procedimiento de mediación en el proceso penal

Hasta ahora en España únicamente a través del proceso judicial se han podido resolver los conflictos, pero en la actualidad, se ha revelado insuficiente para todos los que se le presentan. Además, con el paso del tiempo crece la convicción de fracaso del sistema penal ortodoxo, en cuanto a que las penas reduzcan la criminalidad. Es por ello, que se ha abierto paso a otras ideas que han dado lugar a una profunda revisión de la mentalidad tradicional sobre cuál sea la función del sistema penal, y los modos de afrontar las situaciones creadas por los delitos. Por ello, se hace necesario acudir a otros mecanismos alternativos al proceso que sirvan para la solución de los conflictos jurídicos.

La mediación, como tal, se integra en el contexto de los mecanismos de solución de conflictos alternativos al proceso judicial, a los que se ha venido denominando ADR, aunque no por ello son opuestos a aquél o no pueden insertarse dentro, esto es, realizarse de manera intrajudicial

Hasta ahora la mediación en España ha contado con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, que ha contemplado la mediación penal con una finalidad educativa y resocializadora, que junto con el Reglamento que desarrolla la Ley, destacan el criterio pedagógico de la responsabilidad del menor infractor, regulando los principios de la justicia reparadora, y el principio de oportunidad reglada, para determinadas infracciones, como un mecanismo muy favorable para alcanzar la resocialización del menor, a través del que se otorgan al Ministerio Fiscal varias opciones para desjudicializar la conducta típica del menor infractor.

En el ámbito de los adultos, los juzgados españoles han venido llevando a cabo una experiencia piloto impulsada por el CGPJ desde el año 2005, pero no hay norma que lo abale. De hecho se está haciendo oídos sordos a la Directiva 2012/29 UE que obliga a los Estados miembros a incorporar la mediación penal en sus legislaciones internas, lo que ahora se ha materializado en España, si bien de forma dispersa e insuficiente, en la última reforma del Código Penal operada por la LO 1/15, así como en la ley 4/15, del Estatuto de la Víctima del delito.

En lo que respecta a la ley de reforma del Código Penal, se introduce por mor de la Disposición Final 2ª, apartado 10, el principio de oportunidad de forma

reglada, en cuanto el artículo 963 LECR permite en determinadas circunstancias (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 no exista un interés público relevante en la persecución del hecho, entendiendo por éste supuestos en los que no se hubiere procedido a la reparación del daño y no existiera denuncia del perjudicado) que el Ministerio Fiscal desista de la acción penal, interesando el sobreseimiento y archivo de la causa, apelando a la posibilidad que ahora le otorga la ley, en ejercicio del principio de intervención mínima, lo que sin duda favorecerá el sobreseimiento de procesos en los que el justiciable alcance un acuerdo de mediación.

Asimismo, la reforma afecta a los beneficios penitenciarios de la suspensión y de la sustitución de las penas con la finalidad de reforzar la confianza en el principio resocializador, por un lado, flexibilizando los requisitos que se exigían hasta ahora para su concesión y revocación; y, por otro, introduciendo mecanismos que simplifican su tramitación, unificando los dos sistemas de sustitución y suspensión en un único sistema de suspensión de la pena privativa de libertad. De este modo, la pena suspendida podrá quedar condicionada, entre otras razones, al cumplimiento del acuerdo que las partes hayan alcanzado en virtud del procedimiento de mediación, siempre que el delito o los antecedentes carezcan de relevancia a efectos de la peligrosidad del delincuente, valorándose por tanto las circunstancias del delito, personales, familiares y sociales, la conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, y los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas impuestas.

En este sentido se redacta el nuevo artículo 80 CP, apartado 3, segundo párrafo: «*En estos casos, al suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida primera del artículo 84…*».

Reconociéndose asimismo validez y eficacia al acuerdo alcanzado en mediación, para el caso de revocación de la suspensión de la pena y consiguiente orden de ejecución, al recoger en el apartado 3 del artículo 86: *en el caso de revocación de la suspensión los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos*».

Y por último, no podemos obviar que respecto a la concesión de los beneficios de la libertad condicional, se hace alusión, entre otros requisitos a «*la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas*».

Por su parte, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, introduce en el artículo 15 que las víctimas puedan acceder a los servicios de Justicia Restaurativa. En principio, semejante precepto nos llena de satisfacción, aunque si acudimos al preámbulo no podemos por más que no estar de acuerdo con las razones que sirven a esta introducción. En efecto, se afirma que el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la implementación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima orillando, en consecuencia, los beneficios que pueda deparar para la persona infractora, pero en perfecta sintonía con lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

Expresamente se dice «*Se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa… Por ello, 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 conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio*». En consonancia con ello, entre los derechos de las víctimas, se incluye en el artículo 3, el derecho a los servicios de justicia restaurativa, lo que se reitera en el artículo 5, relativo al derecho de las víctimas a recibir información desde el primer contacto con las autoridades competentes, entre los que se incluye en el apartado k) servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos que sea legalmente posible.

Desde luego, lo así manifestado poco tiene que ver con la concepción de justicia restaurativa, sin embargo bien entendida en el Código Penal, lo que no deja de sorprender dada la cercanía temporal de ambas leyes.

Pero no sólo lo previsto en el preámbulo de la ley causa rechazo, son más las cuestiones:

En primer lugar, se posibilita el acceso a mecanismos reparatorios y, sin embargo, no se adoptan las medidas necesarias para incorporar al proceso penal la validez de estos acuerdos.

En segundo lugar, una de las cuestiones más controvertidas viene siendo la de delimitar el posible ámbito objetivo en que estas medidas pueden ser eficaces. Pues bien, la ley lejos de aclararnos en qué delitos si y o no se puede utilizar, se limita a indicar que será posible el recurso a los servicios reparadores allí donde esta posibilidad no esté legalmente vedada.

En tercer lugar, se requiere un reconocimiento por parte del victimario de los hechos esenciales que fundamentan la responsabilidad penal, lo que equivale a la asunción de los elementos fácticos básicos a los que alude el artículo 12 de la Directiva, la que exige como condición mínima, el reconocimiento por el infractor de «*los elementos fácticos básicos del hecho*».

Claro, tal y como se prevé la aceptación de la mediación en el proceso penal, se plantea una cuestión que incide de manera sustancial en la afectación de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho a la presunción de inocencia.

Desde luego, se ha de tratar de evitar que los derechos y garantías se hallen afectado una vez iniciado el proceso de mediación, éste no llegue a su fin, o bien terminado, no haya acuerdo.

Por otro lado, el precepto, en una cuestión de tanta transcendencia, obvia identificar el órgano que ha de recibir tal declaración, la que, en todo caso, no debiere ser hecha ante el órgano jurisdiccional o el Ministerio Fiscal.

Por último, se establece el deber de confidencialidad de los debates que precisan para su difusión del consentimiento de ambas partes, sin que, a diferencia de lo que establece la Directiva, pueda quebrarse el deber de secreto cuando así lo aconsejen razones de interés público superior.

2 | Justicia restaurativa y mediación penal ¿menos proceso en interés de la víctima?[1]

Mª Isabel González Cano
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

RESUMEN: Enfoques orientados a la prevención especial y a la resocialización, así como el estudio científico de la victimología, han abundado en un análisis más humano del conflicto penal que, sin perder de vista la prevención general y el proceso penal como instrumento garantista en orden al ejercicio por el Estado del *ius puniendi*, conceden protagonismo a víctima y victimario para la resolución del conflicto. Es la denominada justicia restaurativa, cuyos instrumentos se centran fundamentalmente en la reparación a la víctima, sin que ello deba suponer un enfoque puramente individualista del conflicto ni la instrumentalización de la víctima en aras de otros propósitos. Este trabajo pretende plantear si las nuevas manifestaciones de la justicia restaurativa, y el impulso a la misma desde las instituciones de la UE, responden a los fines del sistema penal y a un correcto entendimiento de la mediación como complemento autocompositivo integrado en el proceso penal.

PALABRAS CLAVE: Justicia restaurativa, mediación penal, víctima, Derecho de la UE, proceso penal.

SUMARIO: 1. El interés de la víctima como fundamento de la justicia restaurativa y la mediación penal 2. Las críticas a la mediación penal desde la perspectiva del interés de la víctima. ¿Riesgos evitables? 2.1. La justicia restaurativa como enfoque puramente individualista del conflicto penal. Del integrismo victimario a la instrumentalización de la víctima 2.2. La justicia restaurativa y la privatización del conflicto penal. El componente indemnizatorio como determinante del acuerdo 2.3. La instrumentalización de la justicia restaurativa en aras de la eficiencia del proceso penal 3. La integración de la mediación en el proceso penal y su inclusión en el estatuto de la víctima 3.1. El impulso de la Unión Europea para la integración de la mediación en el proceso penal 3.2 La mediación penal en el Estatuto de la Víctima 3.3. Breve apunte sobre la mediación penal en las últimas reformas procesales y en los más recientes proyectos para la reforma de la LECRIM.

1. Este trabajo se lleva a cabo en el marco de los siguientes Proyectos de investigación: Proyecto I+D+I de Excelencia DER2015-63942P (Ministerio de Economía y Competitividad), «*Instrumentos para el reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones penales: incorporación al Derecho español de los avances en cooperación judicial en la Unión Europea*»; Generalitat Valenciana «*Claves de la justicia civil y penal en la sociedad del miedo*» —Prometeo 2018/2011—.

1. El interés de la víctima como fundamento de la justicia restaurativa y la mediación penal

Los contornos de la respuesta penal, la prevención especial y la resocialización, pero también la protección de los bienes jurídicos que la sociedad asume, así como el modelo de enjuiciamiento criminal, son los que nos permitirán hablar con cierto rigor científico de la legitimidad de la mediación penal en nuestro sistema procesal penal.

Más allá de planteamientos eufóricos y hasta utópicos sobre las bondades de la mediación, hay que tener presente que actualmente la mediación penal se practica partiendo de proyectos piloto, algunos de ellos muy consolidados y respaldados incluso por el CGPJ. Y aunque existe cierto respaldo legal expreso sobre su admisibilidad y sobre sus presupuestos generales en el Estatuto de la víctima, esencial en cuanto a la derivación del caso, sin embargo, las garantías procesales del procedimiento y los efectos del mismo y del posible acuerdo carecen de regulación legal. Si a ello unimos que las últimas iniciativas legislativas apuntan a incluir la justicia restaurativa en una futura LECRIM, entendemos imprescindible decantarnos por un modelo, y sobre todo analizar su integración en la ley procesal penal y en el sistema de justicia penal del que nos dotemos.

Enfoques orientados a la prevención especial y a la resocialización, así como el estudio científico de la victimología, han abundado en un análisis más humano del conflicto penal que, sin perder de vista la prevención general y el proceso penal como instrumento garantista en orden al ejercicio por el Estado del *ius puniendi*, conceden protagonismo a víctima y victimario para la resolución del conflicto. Es la denominada justicia restitutiva, reparadora o restauradora.

Al fundamento ideológico de la justicia restaurativa, una idea más humanitaria de la justicia penal, se une la evolución doctrinal sobre el sistema penal y la finalidad de la pena, que han tenido una trascendental importancia. La prevención especial, la resocialización, incluso las corrientes de la intervención mínima del Derecho Penal, la criminología crítica o las teorías abolicionistas, además de las aportaciones de la victimología y la victimodogmática, han repercutido en la conformación de los sistemas restaurativos y de la mediación penal[2].

La reintegración de la víctima en la justicia penal, en la que influye decididamente la victimología y la victimodogmática, así como las teorías abolicionistas y minimalistas del Derecho Penal, y los principios resocializadores derivados de la

2. González Cano, *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal,* Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 21 y ss.

prevención especial, son los elementos doctrinales que más han influido a nuestro parecer en la construcción de la llamada justicia restaurativa, y por ende en la mediación penal como uno de los medios o instrumentos de la misma.

En el engranaje de la justicia penal, en el que entendemos la viabilidad de la mediación penal integrada en el proceso, fundada en la prevención especial y la resocialización y, también, en la búsqueda de la paz social, las diversas fórmulas de justicia restaurativa pueden coadyuvar activamente a lo que se ha venido denominando la visibilización de la víctima y la adquisición de su status protagónico en el enjuiciamiento penal[3].

Desde mediados del pasado siglo, la Victimología ha reivindicado el denominado «redescubrimiento» o la «desmarginalización» [4] de la víctima, y ha profundizado en su incorporación al proceso penal[5]. Los posicionamientos sobre el status, los derechos y la participación de la víctima tendrán efectos muy trascendentes, por lo que ahora nos ocupa, en el proceso penal y en la integración en el mismo de vías restaurativas como la mediación.

Efectivamente, el monopolio estatal, judicial y procesal del *ius puniendi*, y la indisponibilidad por los particulares del Derecho Penal, conllevó que el «conflicto» penal originado por la lesión de un bien jurídico se protagonizara realmente por el Estado y el infractor, tanto en cuanto a la perseguibilidad del delito, como en cuanto a su investigación y enjuiciamiento. Es el fenómeno de la «expropiación del conflicto» a la víctima por parte del Estado, como radical contraposición a la venganza privada y a las fórmulas de autotutela penal.

El Estado moderno implica que el sistema y el proceso penal son instrumentos de control del Estado. Acción pública del Estado, promoción de la acción de la justicia por el Ministerio Fiscal, proceso penal preestablecido, jurisdiccionalización del conflicto y exclusividad de la vía judicial son, entre otras, las consecuencias de este proceso.

---

3. García Pablos de Molina, «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada «victimización terciaria» (el penado como víctima del sistema legal)», en Cuadernos de Derecho Judicial L,/ n.° 15, Madrid, 1993, Consejo General del Poder Judicial, pp. 287 y ss.

4. Cancio Mellá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 24.

5. Manzanares Samaniego, *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, 2007, pp. 6 y ss.; Gómez Colomer, *Víctima del delito y Europa*, en Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico, nº 17, 2015, pp. 100 y ss. Sobre las ventajas relativas al empoderamiento de la víctima y a la recuperación de su protagonismo, v. Armenta Deu, «*Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico*», en Revista General de Derecho Europeo, nº 44, 2018, pp. 204 a 243.

Evidentemente, aunque estas características del sistema y del proceso penal sean las generales, cada modelo ha introducido de cierta manera la intervención de la víctima en la persecución y el enjuiciamiento del delito[6]. Aunque la regla general es el predominio de la persecución pública en manos del Ministerio Fiscal, y por tanto el monopolio estatal, bien es cierto que en España existe la denuncia de la víctima como presupuesto de procedibilidad en determinados delitos, y una modulación en la perseguibilidad del delito y en el ejercicio de la acción penal en función de los llamados delitos públicos, en los que aun no estando prohibida la persecución por las víctimas, e incluso siendo posible la querella pública, la misma se halla en poder del Estado; semipúblicos, respecto de los que los hechos solo pueden perseguirse a instancia de parte, si bien la continuación procesal es pública; y privados, es decir, con la perseguibilidad y el impulso procesal exclusivos de la víctima.

Pero, además, como consecuencia de lo anterior, y este quizás es el elemento más trascendente, la víctima se «objetiviza»[7], se convierte en elemento de la investigación y prueba de cargo para el enjuiciamiento, en un «soporte de la estrategia de la acusación» (ARMENTA DEU)[8], lo que a su vez le hace padecer el sufrimiento institucionalizado de la llamada victimización secundaria. Como afirma QUINTERO OLIVARES[9], «*su tradicional conceptualización y el único espacio en el que se le dotaba de una consideración de categoría jurídica era en la teorización del individuo sobre el que recaiga la acción criminal como el sujeto pasivo de ésta...*». Ello, independientemente de la posibilidad del ejercicio de la pretensión civil derivada del hecho delictivo en orden a la reclamación de una restitución, una reparación o una indemnización por los daños provocados, y de su posible acumulación a la pretensión punitiva en el proceso penal.

Las corrientes doctrinales de la victimología y la victimodogmática han puesto de relieve la necesidad de protección de la víctima, llegando a configurar la reparación como un fin del proceso penal, bien mediante la satisfacción de la responsabilidad civil, o bien mediante la atribución a la víctima de la condición

---

6. Como señala ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 100 y ss., la posición de la víctima ilustra sobre la diferente orientación de los códigos procesales penales continentales y anglosajones. Así, los sistemas continentales mixtos otorgan un papel más activo a la víctima incluso con facultades equiparables a las del fiscal; en tanto que en EEUU la situación es la opuesta, y el sistema adversarial no favorece la participación de la víctima.

7. GÓMEZ COLOMER, *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 españolas que se avecinan,* Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 48 y ss.

8. ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales…*,op. cit., p. 101.

9. QUINTERO OLIVARES, *«La víctima y el Derecho Penal», en Estudios de Victimologia. Actas del I Congreso español de victimologia,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 16.

de parte procesal acusadora, con diferentes matices y distinto alcance según el ordenamiento.

Por otro lado, el «silenciamiento» de la víctima ha dado lugar, como reacción, a posicionamientos que incluso llegan a defender un *ius puniendi* de las víctimas. Ello, independientemente de su categorización como ofendido o bien como perjudicado, o concurriendo en la persona ambas connotaciones subjetivas; e independientemente también del ejercicio de la acción penal o *ius accusandi*, que es más limitado obviamente que el derecho a castigar. Es lo que se ha venido a llamar la instrumentalización de la víctima, para lograr el endurecimiento de posiciones punitivas extremas en el ámbito de la política criminal, utilizando la emotividad de la víctima con un carácter distorsionante respecto a los fines del Derecho Penal[10].

Ante estos postulados, es evidente que, en primer lugar, del derecho al castigo no surge la reparación ni se restablece la igualdad entre víctima y victimario, más allá de posicionamientos asentados en la venganza, ajenos pues por completo a cualquier análisis científico. Además, y en segundo lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la CE debe entenderse en materia penal como *ius ut procedatur* del proceso penal o derecho a provocar el inicio del proceso penal, a partir del cual es el Estado el que va a llevar a cabo la persecución del hecho y, en su caso, decidirá sobre la consecuencia jurídico-penal, de manera que no hay derecho al castigo o a la condena por parte del ofendido[11]. En definitiva, la víctima no ostenta el *ius puniendi* respecto al presunto responsable, sino el *ius ut procedatur* o facultad de inicio de la causa penal[12].

Merece la pena detenerse en este punto, ya que apoyarse en estos posicionamientos para justificar y legitimar una justicia restaurativa que gestione el conflicto penal con ajenidad al Estado, puede conducir a consecuencias perversas y, en definitiva, pueden provocar críticas fundadas a la mediación penal, haciendo pues un flaco favor a la legitimidad de estos instrumentos alternativos integrados en el proceso penal.

---

10. Armenta Deu, *Sistemas procesales…*, op. cit., p. 110.

11. Entre otras, v. la STC 211/1994, de 13 de julio.

12. Cosa bien distinta, como apunta Colomer Hernández, «*Mediación penal y sustitución del acusador particular: hacia un nuevo paradigma en la posición de la víctima en el proceso penal*», en VVAA, (dir. Garciandia González - Soleto Muñoz) *Sobre la mediación penal. (Posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español), Aranzadi, Pamplona, 2012,* pp. 455 y 456, es la contradicción entre la configuración del derecho a la tutela judicial de la víctima como *ius ut procedatur*, y el papel del acusador particular como autónomo e independiente del Ministerio Fiscal y del acusador público, que realmente llega a obviar el significado y la titularidad estatal del *ius puniendi.*

Fijémonos que no es igual hablar de justicia restaurativa como elemento integrado en la justicia penal del Estado, que convive con otras vías e instrumentos, y que persigue la paz social y la resocialización, que referirnos a una justicia restaurativa como base del sistema penal, con desconocimiento de las finalidades preventivas y priorización absoluta de la situación de la víctima. El primer modelo tiene una clara función social, incluyendo fórmulas autocompositivas entre las partes a las que la ley procesal penal debe dar forma y efectos. El segundo, parte de una visión individualista absoluta, una única función que es la restitutiva; es decir, sólo interesa la respuesta y compensación a la víctima como forma de restaurar el equilibrio con el infractor, con exclusión de cualquier fin social del sistema penal. En definitiva, como afirma BARONA VILAR[13], el redescubrimiento de la víctima no es un fenómeno neutro, afecta decisivamente al proceso penal, al derecho penal y a las decisiones de política criminal, pero en ningún caso su intervención debe invertir la función preventiva general o especial por la restaurativa, ya que ello quebraría el sistema de justicia penal.

La justicia restaurativa no sustituye al modelo procesal penal derivado del monopolio estatal del *ius puniendi*, sino que lo complementa mediante instrumentos como la mediación. Pretender superar el olvido institucional del status de la víctima dándole el derecho a castigar y utilizando como pretexto la justicia restaurativa, incluso puede suponer una vía indirecta para la restricción de los derechos de investigados y acusados, así como de ofendidos y perjudicados.

En la experiencia alemana, el Proyecto Alternativo sobre reparación penal de 1992[14], en el que ROXIN participó activamente, pone de manifiesto como la reparación sirve al establecimiento de la paz jurídica también a través del cumplimiento de fines de prevención general y de prevención especial[15]. Una reparación pensada como respuesta penal que atenúa o hace desaparecer el sentimiento social de peligro, e impulsa la protección de la víctima. Desde la prevención especial, supone así una asunción de responsabilidad y de la necesidad de reparar el daño por el infractor.

Estas referencias, que además se ajustan al principio de subsidiariedad penal y al elemental principio de proporcionalidad, ponen de manifiesto que el restablecimiento de la paz jurídica necesita un diálogo voluntario entre víctima e

---

13. BARONA VILAR, «*Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman)»,* en Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico, nº. 22, 2017, pp. 64 y ss

14. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico,* Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 183 y ss; Idem, «*Situación de la justicia restaurativa y la mediación penal en Alemania*», en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 235 y ss.

15. ROXIN, «*La reparación en el sistema de los fines de la pena»,* en *Fundamentos político - criminales del Derecho Penal, De Palma editor, Buenos Aires, 2008,* pp. 205 y ss.

infractor para la solución y la reparación. Un diálogo encaminado a que el infractor interiorice y asuma los efectos y las consecuencias de su acción, y a que la víctima pueda hacer valer sus necesidades de reparación del daño sufrido.

En el referido proyecto resulta obvio que este enfoque visualiza y favorece la posición de la víctima, en cuanto se le toma en consideración, se le otorga su papel protagónico, se facilita su participación en la solución, y se potencia la reparación del daño (económica, y en su caso simbólica o inmaterial) y la tutela de sus intereses.

Además, entendemos que el tema merece ser afrontado con el rigor científico de la victimología, la corriente doctrinal dedicada al estudio de la víctima[16]. Destaca Larrauri[17] que hay tres enfoques de trabajo fundamental en tal sentido, y que son las encuestas de victimización (información acerca de las víctimas); la posición de la víctima en el proceso penal (los derechos de las víctimas); y la atención asistencial y económica a la víctima (las necesidades de las víctimas). Atendiendo a esos tres ámbitos, parecen importantes a su vez dos conclusiones, sobre el papel de la víctima en la fundamentación de las soluciones restaurativas integradas en el proceso penal.

En primer lugar, siguiendo a Tamarit Sumalla[18], los avances de la victimología se centran en el conocimiento de las bases científicas sobre los procesos de victimización, al objeto de permitir una adecuada gestión de la prevención por parte de los poderes públicos y de los agentes sociales, con especial atención a los colectivos más vulnerables. Y, en segundo lugar, en la formulación y reivindicación de los derechos de las víctimas, a partir de la indagación de los intereses objetivos de las mismas, y para el impulso de políticas sociales dirigidas a satisfacer los referidos derechos e intereses, procurando la desvictimización, la ayuda para superar los efectos negativos del hecho traumático y el logro de la plena inserción en la vida social.

Primero la Decisión Marco (en adelante, DM) del Consejo de la Unión de 15 de marzo de 2001 y, después, la Directiva del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2012, recogen los contenidos mínimos del estatuto de la víctima en el proceso penal, y abundan en la idea de articular un trato integral de las necesidades de la víctima, que gira sobre cinco ejes fundamentales, como son la información, la participación, la asistencia, la protección y la reparación. La mediación penal es considerada como un instrumento idóneo en aras de la

16. Una exposición sobre sus orígenes, en Barona Vilar, *Mediación penal…,* op. cit., pp. 106 y ss.

17. Larrauri, «*Victimología*», en VVAA, *De los delitos y de las víctimas*, Argentina, AdHoc, 2001, pp. 285 y 286.

18. Tamarit Sumalla — Villacampa Estiarte, *Victimología, justicia penal y justicia reparadora,* Universidad Santo Tomás, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 91.

recuperación de la víctima y de su compensación, material o moral. Como veremos en las páginas que siguen, la Directiva de 2012 encuadra la mediación penal en el ámbito de su capítulo 3º, dedicado a la participación de la víctima en el proceso penal. Junto a derechos como el de ser oída, el derecho a que se adopte una decisión sobre la continuación del procedimiento, o el derecho a la asistencia gratuita, el art. 12 de la Directiva se refiere al «derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora», configurando el elenco de los principios que deben inspirar la mediación penal en los Estados miembros (voluntariedad, confidencialidad, etc.).

En segundo lugar, y sin ánimo de profundizar en los postulados de la victimodogmática sobre la posibilidad de que el comportamiento de la víctima tenga trascendencia en la punibilidad del comportamiento del infractor, sí queremos reparar en que, independientemente de la personación o no en la causa como acusador particular, determinados comportamientos de la víctima pueden condicionar las consecuencias jurídico-penales, pueden incidir en las condiciones de perseguibilidad y de procedibilidad, en los aspectos cualitativos y cuantitativos de la acusación, en la condena y en las circunstancias modificativas de la responsabilidad, o incluso en la ejecución de la pena[19]. Aquí los riesgos son evidentes, ya que actitudes y comportamientos de la víctima pueden condicionar la viabilidad de mecanismos restaurativos con consecuencias procesales tales como el sobreseimiento o la aminoración de la condena. Como veremos, críticas fundadas a la mediación penal alegan que estamos a veces ante el favorecimiento de enfoques puramente individualistas del conflicto que pueden generar (o degenerar) en lo que se ha venido a denominar el «integrismo victimario», y a la postre, como reacción, en demandas de endurecimiento de la respuesta penal[20].

2. Las críticas a la mediación penal desde la perspectiva del interés de la víctima. ¿Riesgos evitables?

2.1. La justicia restaurativa como enfoque puramente individualista del conflicto penal. Del integrismo victimario a la instrumentalización de la víctima

Se ha argumentado que la mediación favorece el enfoque puramente individualista del conflicto, en detrimento de los fines sociales que deben presidir la

19. Quintero Olivares, G., *«La víctima y el Derecho Penal», op. cit.,* p. 24, sobre la victimodogmática en cuanto a la consideración de la víctima como cuestión político-criminal.

20. Sobre estos riesgos, Tamarit Sumalla, *«¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?»,* en *Estudios de Victimología…*,op. cit., p. 28.

justicia penal, lo cual puede incluso derivar en la paradoja de una demanda de endurecimiento de la respuesta penal y en la aminoración de la función garantizadora del propio proceso penal, que se ha venido a identificar con el llamado «integrismo victimario»[21].

Entendemos, sin embargo, que la mediación penal no implica una perspectiva puramente individualista del conflicto, sino un tratamiento individualizado del mismo basado en el empoderamiento de la víctima en condiciones de igualdad con el victimario, pero también en condiciones de igualdad de éste último con la víctima.

Se argumenta igualmente el hecho de la posible instrumentalización de la víctima, que puede verse obligada a someterse a la mediación y, en definitiva, al enfrentamiento con el victimario y a una mayor victimización, sustrayéndose de la protección victimológica que otorga el tradicional proceso penal. Esta sería la razón principal por la que, por ejemplo, queda vedada la mediación penal en materia de violencia de género.

Obviamente, la justicia restaurativa y la mediación no es la panacea de la justicia penal, ni puede concebirse como la alternativa al modelo tradicional, ni resulta aplicable a todos los casos. En primer lugar porque por su propia naturaleza es un instrumento autocompositivo que depende de la voluntariedad de las partes, de su elección pues libre y de su consentimiento expreso e informado, presupuestos que deben concurrir en su caso hasta la adopción del acuerdo. Y, en segundo lugar, y junto con la voluntariedad, no hay que olvidar la necesidad de que el procedimiento mediador se desarrolle de principio a fin en condiciones de igualdad, y de equilibrio emocional y comunicacional.

Si bien es cierto que en muchos casos es evidente que la aplicación de sistemas de justicia restaurativa beneficia a la víctima moral y psicológicamente, también lo es que hay otros, en los que puede acarrearle incluso un mayor sufrimiento psicológico y una peor calidad de vida.

Aunque la mayoría de los análisis del impacto de la mediación y del resto de sistemas restaurativos, se centran en el victimario, y por tanto se realizan desde la perspectiva de la resocialización y de la prevención general, no faltan estudios que han intentado «medir» el grado de satisfacción de víctimas que se someten a sistemas de justicia restaurativa, algunos de ellos incluso comparando estos instrumentos o esas expectativas de mejora de la situación de la víctí-

21. Sobre la victimofilía como excusa para el endurecimiento de la persecución penal, v. Armenta Deu, *«La víctima como excusa: diversas posiciones en torno a su figura y tratamiento en los sistemas procesales»,* en *Estudios de Justicia* Penal, op. cit., pp 207 y ss.

ma, con los modos tradicionales de terminación del proceso penal[22]. Así, en EEUU, Nueva Zelanda o Canadá algunos de estos trabajos, con mayor o menor alcance, naturaleza experimental y significación científica, concluyen que ciertos programas de mediación entre víctima y victimario producen una satisfacción en la víctima en cuanto perciben que se aminora el riesgo de la victimización secundaria; aunque también es cierto que los beneficios psicológicos o terapéuticos para la víctima no siempre se consiguen, o incluso estos sistemas alternativos son en este punto contraproducentes, bien por la naturaleza del caso, la desigualdad entre las partes a nivel psicológico y comunicacional, o por los errores en la llevanza del procedimiento[23].

Cuando alguno de estos estudios profundiza en lo que se denomina el «triunvirato penal», es decir, el impacto del sistema alternativo respecto a victimario, víctima y sociedad, hay un elemento a nuestro modo de ver muy relevante que pone de manifiesto las dificultades de la integración de la justicia restaurativa en el sistema procesal penal. Nos referimos al que podemos denominar el «umbral» de la satisfacción de las partes, que depende de las expectativas de cada una de ellas.

La reparación en sentido amplio (económica, terapéutica o moral), fruto del consenso voluntario de métodos autocompositivos, puede considerarse una consecuencia jurídico - penal de la infracción, en su doble vertiente de «sanción» al victimario y de satisfacción a la víctima. Lo que ocurre es que no siempre ambas vertientes están equilibradas o igualmente ponderadas, de manera que una reparación adaptada a las circunstancias económicas del victimario cumple con la función social del mecanismo restaurativo y probablemente con el fin resocializador, pero quizás no con las expectativas de la víctima en relación al daño o sufrimiento padecido[24]. Ello implica que en función de las circunstancias del caso y de las partes, se priorizan las finalidades de víctima o de victimario. En definitiva, dependiendo del caso y de sus circunstancias, el acuerdo restaurativo o restaurador, y por tanto la composición víctima - victimario, pueden ser complementos o sustituciones de la pena en atención a los fines de la misma, la prevención general o especial.

---

22. Barona Vilar, *«Mediación penal como elemento restaurativo de las víctimas: ¿en todo caso y para todas las víctimas?»*, en VVAA (dir. Por de Hoyos Sancho*), Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 457 y ss.

23. Un pormenorizado estudio de estos trabajos en Barona Vilar, *La mediación penal…,* op. cit., pp. 161 y ss.

24. Galaway, «*The New Zealand Experience Implementing the Reparation Sentence»,* en *Restorative Justice on trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation —International Research Perspectives—*, Messmer/Otto, ed., Dordrecht/Boston/London, Kluwer, 1992, pp. 67 y ss.

Esta circunstancia, por una parte, no es ajena al modelo procesal contradictorio, por lo que no creemos que sea una desventaja añadida a los sistemas restaurativos. Y, por otra parte, siendo una circunstancia común al modelo clásico y al instrumento autocompositivo integrado, puede ser que los elementos correctores en el segundo sean factibles. En tal sentido, se trata de priorizar intereses en función del diálogo y de la voluntariedad del mecanismo restaurativo, siempre entendiendo la amplitud de la respuesta restaurativa, en cuanto reparación económica, o reparación - compensación moral o terapéutica.

Ello implica también, que los sistemas restaurativos, o algunos de ellos en concreto, no siempre son la mejor opción para la víctima, de manera que el trabajo previo a la derivación del caso a sistemas como la mediación penal debe ser trascendental. En este punto consideramos que, más que predefinir la voluntariedad y la igualdad, presuponiéndola o no en función de los tipos delictivos en abstracto, es más importante arbitrar, independientemente de la tipología delictiva, las condiciones de la voluntariedad y de la igualdad para acceder a la mediación penal.

Valorar la voluntariedad y las condiciones de igualdad previas, debería articularse como presupuesto ineludible de los sistemas de justicia restaurativa. Y, obviamente, también es tarea esencial la preservación de la voluntariedad y de la igualdad durante todo el procedimiento mediador, de forma que habrá que poner fin a dicha vía restaurativa en el momento en que estas garantías queden comprometidas.

En este punto, y aunque volveremos más adelante sobre el tema, consideramos que no tendría sentido ni utilidad el establecimiento de un catálogo de delitos «mediables», en los que se presuma la igualdad. Tampoco sería la mejor opción formular un catálogo de delitos excluidos a priori de las vías de autocomposición penal presuponiendo la desigualdad. Lo realmente relevante es la regulación del arco de presupuestos que garanticen una mediación en condiciones de igualdad y equilibrio de poder en atención a las circunstancias de las partes. Hay que estar a las circunstancias de cada caso, sobre todo, a la posición emocional y a las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes, para ver si es posible o no el desarrollo de la mediación en cada caso concreto.

2.2. La justicia restaurativa y la privatización del conflicto penal. El componente indemnizatorio como determinante del acuerdo

Igualmente, se ha puesto de manifiesto el riesgo de privatización del conflicto penal, al hacer depender el acuerdo reparatorio de la capacidad económica del victimario y, en su caso, al condicionarse el ejercicio de la acción penal o la ejecución de la pena, a un componente indemnizatorio que sólo beneficiaría a los infractores con capacidad económica.

La reparación a la víctima, como consecuencia de la justicia restaurativa, centrando el objetivo de la justicia penal en el sujeto pasivo del delito, no implica privatizar el conflicto en detrimento de otros fines de la justicia penal[25]. Muy al contrario, como hemos apuntado en páginas anteriores, estas fórmulas restaurativas pueden favorecer que el infractor aprenda conductas empáticas ante el sufrimiento humano, y permite pues que, sin renunciar a fines preventivos, se potencie la paz social.

Como afirma con acierto BARONA VILAR[26], «*mantener este argumento implica asumir una posición reduccionista de la misma (*de la justicia restaurativa*), a saber, tan sólo centrada en la reparación económica individual o personalizada».* Al respecto entendemos necesarias algunas reflexiones.

En primer lugar, debe tenerse presente que la reparación del daño ha adquirido un papel fundamental como vía para articular los efectos de un acuerdo de mediación. En este sentido, nos referimos no sólo a la aplicación en sentencia de la atenuante de reparación como medida de diversión (art. 21.5 del CP), o a acuerdos reparatorios que desembocan en la conformidad o en la aceptación del Decreto del Fiscal, o en un sobreseimiento libre en el enjuiciamiento de delitos leves, sino también al compromiso de cumplir acuerdos de reparación en orden a la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88 del CP), o al cumplimiento de la responsabilidad civil como condición para la suspensión de la ejecución condicional de la pena de prisión (art. 83 del CP); o, al condicionamiento de la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo logrado en mediación (art. 84.1.a) del CP).

En casos en los que el responsable de los hechos se negase, por carencia de medios, a realizar la reparación fruto de un acuerdo, ello podría conllevar la

---

25. CARRASCO ANDRINO, «*La mediación del delincuente — víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en EEUU)*», en Jueces para la democracia, nº 34, 1999, pp. 69 y ss.

26. BARONA VILAR, *Mediación penal…*, op. cit., p. 159.

continuación del proceso penal e incluso la imposición de una pena que podría incrementarse como consecuencia de la actitud negativa del autor a reconocer, no solo los hechos, sino sobre todo las consecuencias producidas a la víctima por los mismos, esto es, el daño. De la misma manera, la carencia de medios económicos puede dejar sin efectos la sustitución de la pena, o la suspensión de la ejecución. A la inversa, el rechazo de la víctima de forma no razonada al acuerdo y la reparación podría llevar a que, ante la falta de consenso, igualmente el proceso penal continuase o llegara a imponerse una pena que la reparación habría atenuado, o se impida al victimario acceder a la sustitución de la pena o a la suspensión de su ejecución.

Estos dos riesgos deben compensarse o neutralizarse a través de la introducción en la regulación de la mediación penal del principio de proporcionalidad. Obviamente, sin privar de voluntariedad y consenso a la determinación de cuantías reparatorias, una mediación reglada debe contener límites que eviten una utilización fraudulenta y desproporcionada de la mediación.

Por otra parte, no debemos perder de vista que, en su sentido amplio y flexible, la justicia restaurativa no siempre implica respuestas o acuerdos reparatorios a modo de compensaciones económicas, sino que en muchos casos, y ello no implica necesariamente un componente vengativo, la víctima sólo desea arrepentimiento, disculpas y reconocimiento del daño, o reparaciones de carácter comunitario no necesariamente vinculadas a su indemnización económica[27].

De nuevo, deben primar la flexibilidad y la proporcionalidad en la respuesta. Es importante la valoración del conflicto a efectos de su derivación a la mediación penal, en función de la viabilidad de posibles acuerdos y de su cumplimiento futuro.

Y, junto con ello, es imprescindible que el modelo de justicia penal que opte por incluir la mediación penal, lo haga no como alternativa sino en su calidad de fórmula complementaria, cuando el hecho delictivo lo permita, cuando las circunstancias del mismo hagan prever que el procedimiento es factible y que los posibles acuerdos serán ejecutables o susceptibles de ser cumplidos. Una derivación indiscriminada de casos, o una derivación automática basada en el listado preestablecido de delitos «mediables» tiene grandes posibilidades de fracasar.

---

27. Martinez Escamilla, «*La mediación penal en España: estado de la cuestión*», en VVAA (coord. por Martinez Escamilla y Sánchez Álvarez), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Ed. Reus, Madrid, 2011, pp. 17 y 18, apunta que la reparación debe entenderse en un sentido amplio, que no necesariamente tiene que coincidir con la responsabilidad civil sino que puede incluir otras formas de resarcimiento, tales como la petición y aceptación de disculpas o la realización de actividades a favor de la víctima o la comunidad.

Ello a nuestro entender por dos razones. En primer lugar porque la voluntariedad y el status de igualdad entre las partes son los mejores indicadores de viabilidad de la mediación. Y, en segundo lugar, porque en este punto no puede perderse de vista que una derivación indiscriminada o automática puede conculcar gravemente las garantías procesales de la víctima y del victimario, y por tanto la finalidad esencial del proceso penal como garantía esencial del ciudadano frente al ejercicio estatal *del ius puniendi*. Así, incluso se ha reprochado a la mediación el hecho de tratarse de un sistema que «banaliza» la propia reparación, ya que, por una parte, sólo sería aplicable a delitos bagatela, y, por otra, convierte en mínimo el esfuerzo del victimario en la reparación.

En definitiva, como apunta BARONA VILAR[28] «*hay delitos de bagatela para los que la justicia reparadora carece de sentido, y hay delitos de cierta gravedad, e inclusive aquellos en los que pueden existir un importante número de víctimas, en los que emplear estos instrumentos puede ser el camino o quizás el único camino para poder alcanzar soluciones adecuadas desde el punto de vista penal. Especialmente esto debe valorarse si se asume que una de las importantes consecuencias de este modelo de justicia es evitar las consecuencias del futuro, a saber, en los delitos más graves se palpa mucho más la reducción de la repetición de hechos similares por el autor del mismo».*

2.3. La instrumentalización de la justicia restaurativa en aras de la eficiencia del proceso penal

Es innegable el papel cada vez más acentuado de la prevención en relación con fenómenos delictivos globales y transfronterizos, como la delincuencia organizada o el terrorismo. Ello ha dado lugar a nuevos paradigmas de la cooperación policial y judicial penal, apareciendo nuevos sujetos internacionales o supranacionales, que inciden de una forma cada vez más directa en la legislación procesal interna de los Estados, con la progresiva cesión de soberanía nacional. Así, las potestades normativas de la UE para aproximar o armonizar aspectos decisivos de la justicia penal, junto con el control jurisdiccional de esos instrumentos por parte del TJUE[29].

---

28. BARONA VILAR, M*ediación penal…,* op, cit., p. 160. En este punto, la autora cita las reflexiones de SHERMAN y STRANG, y apunta como es curiosa la afirmación que hacen estos autores de que en los estudios empíricos realizados se trabaja mejor con mecanismos de justicia restaurativa cuando se trata de delitos con violencia así como con delitos contra la propiedad, lo que es chocante para nuestra cultura en la medida en que los delitos en los que se emplea violencia es quizás más compleja la voluntad de la víctima en tomar parte en estas modalidades restaurativas, y si lo hacen suelen optar por la vía de los cauces indirectos y no el *face-to-face*.

29. GONZÁLEZ CANO, *«Nuevos paradigmas de la cooperación judicial penal en la unión europea»,* en VVAA (ed. Por BARONA VILAR), *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 339 a 362.

Todo ello puede estar incidiendo en lo que se ha venido a llamar un Derecho Penal más omnipresente y expansionista[30], tanto desde el punto de vista real, en cuanto a un mayor control social ante una inseguridad a veces ficticia; como desde el punto de vista simbólico, en cuanto a la pretensión de resolver los problemas sociales. Ultrapunitivismo en una sociedad global del riesgo, del miedo y de la seguridización, que puede legitimar el desequilibrio entre libertad y seguridad, a favor de esta última[31].

En ese contexto, es fácil derivar hacia un modelo de proceso penal «utilitarista», e incluso «efectista», que prime la eficiencia frente a las garantías, que opte por la simplificación de procedimientos o incluso por su reducción y que, además, utilice desmedida y profusamente la vía del acuerdo, del pacto, de las ADR, o de manifestaciones del principio de oportunidad[32].

El riesgo de esta política de reducción procesal o de vaciamiento del proceso, o proceso penal líquido o liquidable, como lo llama Barona Vilar, puede estar en la merma de las garantías de las partes, e incluso en su instrumentalización, así como en una desmedida relativización del principio de legalidad y del principio de presunción de inocencia.

Como señala la citada autora, desde esa perspectiva no debe hablarse de mediación «desde las gafas del pensamiento economicista», porque sus objetivos no son el acortamiento de los procesos o la descarga de trabajo a los operadores jurídicos, como exponemos a continuación. Instrumentalizar la justicia restaurativa en tal sentido pervierte la institución, y la aleja de sus finalidades preventivas y resocializadoras.

Los perfiles de esta institución en ningún caso pueden obviar derechos fundamentales como el de presunción de inocencia o el de no autoincriminación. En definitiva, las fórmulas restaurativas no son ajenas o mejor dicho, no pueden serlo, a las garantías del proceso penal, de ahí la necesidad de integrarlas adecuadamente en el mismo, y establecer, como veremos a continuación, prevenciones que salvaguarden los derechos del investigado o acusado.

---

30. Vervaele, «*Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites», en Justicia civil y penal en la era global, op, cit.,* pp. 466 y ss.; Ordoñez, *La globalización del miedo*, en Revista de Estudios Sociales, nº 25, Bogotá, diciembre de 2016, pp. 95.

31. Barona Vilar, *Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman),* op. cit., pp. 64 y ss.

32. Barona Vilar, *Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman)…,* op. cit.

3. La integración de la mediación en el proceso penal y su inclusión en el estatuto de la víctima

3.1. El impulso de la Unión Europea para la integración de la mediación en el proceso penal

Entendemos pues la necesidad de definir un modelo de justicia restaurativa que, incorporado al sistema penal a través de instrumentos como la mediación, pueda conseguir una disminución de la violencia interpersonal e institucional para la obtención de una solución más eficaz y humana de los conflictos de trascendencia penal.

Las consideraciones antes expuestas sobre el papel fundamental que en determinados casos pueden jugar instrumentos de justicia restaurativa como la mediación penal, su encaje en relación a los fines de la pena, y el entendimiento en tal sentido de la reparación a la víctima, han tenido sin lugar a dudas un evidente reflejo en los trabajos de las instituciones europeas, culminando en la ya citada Directiva de 2012.

Por parte del Consejo de Europa, existen varios antecedentes de interés, que han venido configurando las líneas generales sobre el sistema de integración de la mediación en el proceso penal y los principios que deben regirla[33].

---

33. Así, la Recomendación R (83) 7 de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales que tiendan a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima, como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad. Recomienda así a los Gobiernos de los Estados miembros fomentar que se facilite la indemnización a la víctima por parte del delincuente, por ejemplo, previendo tal obligación como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad. Por su parte, la Recomendación R (85) II de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal, y que recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros revisar la legislación y su práctica, teniendo presente que las decisiones de la Justicia se deben tomar considerando la reparación del daño sufrido por la víctima y todo el esfuerzo hecho seriamente por el autor del delito en este sentido. Aconseja así una adaptación a las directrices que se expresan en su texto y que dan un amplio margen a la reparación e, incluso, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación. Avanzando en esta línea, la Recomendación R (87) 18 de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre simplificación de la Justicia criminal, recoge la relevancia del principio de oportunidad y recomienda a los Gobiernos potenciar la aplicación de los principios de descriminalización y de intervención mínima; tomar medidas que faciliten la simplificación de los asuntos menores; y evitar, siempre que esto sea posible, la intervención judicial en primer término. Asimismo, en estos asuntos, se recomienda recurrir a acuerdos de compensación entre el autor y la víctima y evitar la acción penal, si el sujeto cumple las condiciones acordadas. Igualmente, la Recomendación R (87) 21 de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, donde se señalan un conjunto de acciones concretas a favor de éstas, entre las que se encuentra la mediación, y contiene la concreta previsión de fomentar las experiencias de ámbito nacional o local de mediación entre el delincuente y su víctima. La Recomendación R (99) 19 de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se refiere ya a la mediación en materia penal, entendiéndolo como un procedimiento mediante el cual víctima e infractor adultos, voluntariamente se reconocen capacidad para participar activamente en la resolución de un conflicto penal, gracias a la ayuda de una tercera persona imparcial, el mediador. Algunos años más tarde, la Recomendación R (2006) 8 de 14 de junio de 2006 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas de las infracciones, recoge tres definiciones referidas a la víctima, la victimización repetida y

Como veíamos en páginas anteriores, la DM del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, establecía que «*Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales […]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación […]. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006*» (arts. 10 y 17)[34].

La DM de 2001 profundizaba en un sistema de mediación penal inserto en el estatuto de la víctima. Un estatuto que pretende aportar un trato integral y articulado a las necesidades de la víctima que gira sobre varios ejes esenciales, como son la información, la garantización de la participación, la asistencia, la protección y la reparación. En definitiva, se concibe la mediación como un instrumento versátil, capaz de contribuir a la consecución de todos esos fines que se pretenden conseguir respecto a la víctima.

Por su parte, la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012[35] desarrolla con más profundidad lo que su art. 4.1.j) denomina el derecho de la víctima al conocimiento y utilización de los servicios de justicia reparadora, encuadrado dentro del derecho general de información, a prestar por las autoridades competentes desde el primer contacto con la víctima. Y, en el mismo sentido, en el capítulo dedicado a la participación de la víctima en el proceso penal, el art. 12 de la Directiva recoge todo un elenco de garantías, tales como la voluntariedad o la confidencialidad, que deben estar presentes en toda mediación penal y

---

la victimización secundaria. En el punto 13 de su Anexo estipula que, teniendo en cuenta los beneficios de la mediación, los organismos correspondientes deberán considerar las posibilidades que presenta una mediación entre la víctima y el autor de la infracción. Subraya, también, la necesidad de tener en cuenta en interés de las víctimas, tanto en el momento de decidir si la mediación es adecuada para el caso concreto como a lo largo de todo el proceso de mediación. Destaca también la importancia básica de velar para que las partes puedan expresar libremente su consentimiento, y menciona las cuestiones relativas a la confidencialidad, al acceso a una fuente independiente de información, a la voluntariedad y a la imprescindible competencia profesional del mediador.

34. No obstante, el Estado español no hizo frente a las obligaciones legislativas impuestas por la Unión Europea a través de la DM de 2001, e incluso entendió que no era necesario introducir para ello modificaciones en la legislación vigente toda vez «*que se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma*» (respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004). Ningún Estado aprobó en tal sentido un texto legal único.

35. 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 los delitos y por la que se sustituye la DM de 2001 (DOUE nº L 315 de 14 de noviembre de 2012). Es de destacar que la Directiva de 2012 refuerza y sistematiza los aspectos de la protección, siguiendo las líneas previas marcadas por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 18 de mayo de 2011, denominada «Refuerzo de los derechos de las víctimas en la Unión Europea», siguiendo el diseño ya incluido en la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y de Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

que, a nuestro modo de ver, son enteramente aplicables igualmente al infractor o victimario.

Mientras la DM de 2001, disponía que los Estados procurarían impulsar la mediación para infracciones penales determinadas, la Directiva de 2012 establece que los Estados pueden adaptar sus previsiones sobre justicia restaurativa a los principios esenciales de los ordenamientos internos.

En cualquier caso, la Directiva, igual que las citadas Recomendaciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, se refiere a la mediación penal y al resto de instrumentos de justicia restaurativa, como mecanismos opcionales. Se impulsa, se anima, se propicia el contexto para el desarrollo de estos instrumentos, pero en ningún caso los mismos se imponen[36]. La normativa de la UE en materia de mediación penal no establece imperativamente la obligación de los Estados para que sus ordenamientos contemplen mecanismos de esta naturaleza.

Lo que sí consagra la Directiva de 2012 en su capítulo I, dedicado a la participación de la víctima en el proceso penal, es la obligación de los Estados para facilitar la derivación a los sistemas de Justicia restaurativa, siempre que los mismos existan, y siempre que proceda atendiendo a una serie de presupuestos y garantías. En tal sentido, con arreglo al art. 12.2, los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.

Por tanto, y en aquellos Estados en los que sus ordenamientos contemplen instrumentos de justicia restaurativa, se facilitará el acceso a los mismos, pero no de forma generalizada e indiscriminada, sino sólo si se cumplen una serie de requisitos o presupuestos, que giran en torno a la salvaguarda del interés de la víctima, y que son los siguientes, recogidos en el art. 12.1.

a) La existencia de las condiciones adecuadas para la seguridad de la víctima, teniendo en cuenta que Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. b) El consentimiento libre e informado de la víctima, el cual podrá retirarse en cualquier momento. c) La información antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, debiéndose ofrecer a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo.

---

36. En estos términos, igualmente, Armenta Deu, «*Justicia restaurativa*…», op. cit.

d) El reconocimiento por el infractor de los elementos fácticos básicos del caso. e) La voluntariedad del acuerdo. e) Y, la confidencialidad del procedimiento, salvo acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior[37].

Consideramos pues que la Directiva no establece el derecho de la víctima a la justicia restaurativa, ni por tanto obliga a los Estados a su establecimiento. Pero sobre lo que sí establece mínimos de necesaria observancia es, por una parte, sobre el derecho a la orientación y a la información exhaustiva e imparcial sobre el servicio de justicia restaurativa, su desarrollo y sus efectos. Y, por otra, sobre las garantías esenciales e imprescindibles en orden a la derivación de un caso a dichos servicios de justicia restaurativa, que son la salvaguarda del interés de la víctima, su seguridad y la prestación libre e informada de su consentimiento; el reconocimiento de los hechos por el infractor; y, la confidencialidad de los debates que sólo permite su difusión si las partes lo consienten, y que se extiende al proceso, con especial trascendencia pues en materia probatoria (arts. 4.1.j) y 12).

Sobre los casos que deben ser remitidos a alguno de los instrumentos de justicia restaurativa previstos por los ordenamientos estatales, la Directiva no introduce un elenco de delitos susceptibles o no de acceder a dichos sistemas. Pero, sí recoge una serie de criterios en su Considerando 46, a modo de factores evaluables que pueden servir para decidir la derivación. Así, la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la repetición reiterada de violación de la integridad física, sexual o psicológica de la víctima, los desequilibrios de poder, la edad, la madurez o la capacidad intelectual de la víctima que pudiera limitar o reducir su capacidad para elegir estos instrumentos. En definitiva se trata de una valoración individualizada del caso, en aras de comprobar las condiciones de igualdad entre víctima y victimario para afrontar la mediación, sin que la misma ocasione mayor victimización secundaria o mayores peligros o perjuicios a la víctima.

3.2. La mediación penal en el Estatuto de la Víctima

Si la Directiva de 2012 no imponía la instauración en los Estados de sistemas e instrumentos de justicia restaurativa, no era pues imprescindible el desarrollo normativo para la trasposición de sus previsiones en nuestro ordenamiento.

---

37. Sobre los principios de la mediación penal, Barona Vilar, *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos),* Valencia, Tirant lo blanch, 2018, pp. 97 y ss.

Sin embargo, como veremos a continuación, esas previsiones sobre los requisitos mínimos de tales instrumentos se han incluido en el Estatuto de la Víctima, lo que hace pensar en una futura regulación del procedimiento de mediación y de sus consecuencias jurídicas, para su incorporación a la LECRIM y al CP.

El modelo que se articule no puede suponer una reversión de los fines y objetivos que en estos momentos el Derecho penal y el Derecho procesal penal tienen asignados, sino que debe complementarlos para obtener una mayor eficacia de los mismos. Con ello, el sistema planteado quedará legitimado desde la perspectiva dogmática de los fines y funciones del Derecho penal, así como desde la perspectiva de las garantías procesales de los acusados y de las víctimas.

En ese desarrollo normativo, nos referimos con la brevedad que exigen estas páginas, por un lado a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito; y, por otro, a las últimas reformas operadas en el ámbito del CP y de la LECRIM, que abundan igualmente en estas vías alternativas integradas en el proceso penal.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, se funda, en palabras de su Exposición de Motivos (III), en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras de la salvaguarda integral de la víctima. A nuestro modo de ver, con carácter general, y ante la necesidad de dar respuesta a las argumentaciones críticas hacia la justicia restaurativa y la mediación penal, de este nuevo texto legal se deduce una conclusión importante. Y es que la mediación penal, lo afirmamos de nuevo, no es una alternativa a la justicia penal, ni una justicia penal alternativa, sino una fórmula alternativa autocompositiva integrada en el sistema procesal penal.

Y en este sentido, y de manera independiente de las medidas de protección y asistencia a la víctima (Título III), el Título II de la Ley 4/2015, sistematiza los derechos de la víctima en cuanto a su participación en el proceso. Entre esos derechos, los arts. 3 y 15 recogen el derecho al acceso a los servicios de justicia restaurativa. Ya la Exposición de Motivos (VI, último párrafo) nos aclara que la Ley en este punto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya (al parecer, a priori) la desigualdad moral entre ambos. Por ello, es decir, por esa desigualdad que entendemos se presume, los servicios de justicia restaurativa actuarán orientados a la reparación material y moral de la víctima bajo dos presupuestos: por un lado el consentimiento libre e informado de la víctima, siempre que no afecte a su seguridad; y, por otro, el reconocimiento de los hechos por el autor.

Así, en primer lugar, el art. 15 destaca como única finalidad del servicio de justicia restaurativa, para el que se prevé además el oportuno desarrollo regla-

mentario que comentamos a continuación, la reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito. Se recoge así la idea de restauración de la víctima a la situación anterior a los hechos delictivos y, por tanto, desde la única óptica de la reparación, lo que a nuestro modo de ver es incompleto, insuficiente y se acomoda mal a la naturaleza de la autocomposición penal, porque, aunque pondera otras formas de reparación diferentes a la económica, como la simbólica o moral, no considera relevantes otras finalidades, como por ejemplo la resocializadora. Siendo ello así, esta concepción de la mediación, centrada en la reparación a la víctima, puede verse reflejada en mayor o menor medida, en la aplicación de fórmulas de diversión tales como la conformidad, la apreciación de la atenuante de reparación, la aceptación de Decreto del Fiscal, el sobreseimiento por razones de oportunidad en el enjuiciamiento de delitos leves, o la sustitución de penas de prisión y la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad.

En segundo lugar, además de garantizar el principio de confidencialidad, se habla de justicia restaurativa y de un procedimiento de mediación sujeto a cinco requisitos a modo de presupuestos de admisibilidad o procedibilidad, tanto de índole objetiva como subjetiva, y con carácter acumulativo según la redacción dada. Se trata de los siguientes.

a) La inexistencia de prohibición para el delito en cuestión, lo que actualmente en nuestro país afecta únicamente a los delitos relativos a la violencia de género y violencia intrafamiliar en procesos civiles y penales de los que conozca el Juzgado de Violencia contra la mujer (art. 44.5 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y art. 87.ter 5 de la LOPJ)[38]. Como afirmábamos en páginas anteriores, resulta muy debatido el ámbito de delitos susceptibles de acceder a mecanismos de justicia restaurativa. La Directiva de 2012 no establece catálogo alguno, sino que dispone como presupuesto de la mediación penal que no esté prohibida por la ley para el delito cometido. Con ello se remite a los ordenamientos internos, que pueden excluir de la justicia restaurativa determinados delitos, decantándose pues por la corriente que entiende que los sistemas de justicia restaurativa no son de aplicación general e indiscriminada.

38. Delitos recogidos en los títulos del CP relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, no estará dispensada del deber de declarar la víctima que sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al investigado o acusado por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, las personas menores o las personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

Avalaba ya esta posibilidad la STJUE (Sala Cuarta) de 15 de septiembre de 2011 (asuntos acumulados C 483/09 y C1/10, Gueye y Salmerón Sánchez), al resolver acumuladamente dos cuestiones prejudiciales planteadas por la AP de Tarragona, sobre la compatibilidad de la disposición nacional que excluye la mediación penal en materia de violencia de género, con el art. 10 de la DM de 2001 que disponía que «*los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida*»[39].

La cuestión planteada era si el art. 10 de la DM debía ser interpretado *en el sentido de que permite excluir con carácter general la mediación en los procesos penales relativos a delitos cometidos en el ámbito familiar en atención a la tipología específica de estos delitos o, por el contrario, debe permitirse la mediación también en este tipo de procesos, ponderando caso por caso los intereses concurrentes.*

El art. 10, apartado 1, de la DM de 2001 se limitaba a ordenar a los Estados miembros que procurasen impulsar la mediación para las infracciones que «a su juicio se presten a este tipo de medida», de manera que corresponde a los Estados miembros la determinación de las infracciones para las que se permite la mediación. Por tanto, la DM de 2001, y obviamente la posterior Directiva de 2012, permiten a los Estados miembros excluir la mediación en todos los supuestos de infracciones cometidas en el ámbito de la violencia de género, como establece el art. 87 ter 5 de la LOPJ.

Así pues, nuestro ordenamiento opta, hasta el momento, por una configuración del ámbito objetivo de la mediación penal en sentido negativo, es decir, no estableciendo un catálogo de delitos mediables, sino estableciendo la interdicción de los sistemas de justicia restaurativa en los casos establecidos por la Ley para tipos delictivos concretos. Sería también posible limitar la mediación penal no para un concreto tipo de infracción, opción que obedece a razones de política criminal, como se decía en la STJUE de 2011 antes citada, sino también en función de determinados criterios objetivos y subjetivos tales como la violencia empleada, lo que nos llevaría a un *sistema de ponderación caso por caso de los intereses concurrentes*, bajo nuestro punto de vista más adecuado.

En este punto, sin embargo, no puede olvidarse que el art. 48 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia doméstica, de

---

39. En el mismo sentido, MARTINEZ GARCIA, «*Mediación penal en procesos por violencia de género: análisis comparado de modelos existentes»,* en *Tratado de mediación. Tomo II, Mediación penal*, (ed. por MONTESINOS GARCIA), Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 235 y ss., que se refiere a los sistemas de ponderación en las propuestas elaboradas desde la perspectiva de la justicia terapéutica en el Derecho anglosajón.

11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul)[40], prohíbe los métodos alternativos de resolución de conflictos respecto a todos los delitos que contempla (violencia de género, delitos contra la libertad sexual y trata, matrimonio forzado, aborto o esterilización forzosa, violencia física o psicológica, y mutilación genital). El elenco de delitos para los que quedaría prohibida la mediación penal sería más amplio que el contemplado en España para la violencia de género, ya que abarcaría no sólo la violencia contra la mujer de naturaleza sexual, física o psicológica, sino también económica, y sin anudarla a la necesaria relación de afectividad previa con el agresor.

b) La inexistencia de riesgo para la seguridad de la víctima o de riesgo de nuevos perjuicios materiales o morales.

c) El reconocimiento de los hechos esenciales de los que deriva la responsabilidad del infractor, requisito ya previsto en el art. 12.1 c) de la Directiva de 2012, que requeriría de una cuidadosa regulación. Efectivamente, si el reconocimiento de los hechos es presupuesto de la derivación del caso a la mediación o a otro instrumento de justicia restaurativa, será conocida la asunción de responsabilidad antes de que la mediación se lleve a cabo, con lo que la garantía de la confidencialidad podría quedar seriamente comprometida, y caso de que la mediación no acabara en acuerdo, sería un reconocimiento de hechos que podría utilizarse a efectos incriminatorios. En este sentido, condicionar el acceso a la mediación penal al reconocimiento por el infractor de los hechos esenciales de la investigación u objeto de la acusación (hechos de los que deriva la responsabilidad del presunto infractor), puede tener consecuencias negativas desde el punto de vista de la presunción de inocencia, incluso a pesar de que el art. 15. 2 de la Ley 4/2015 garantiza la confidencialidad de los debates dentro del procedimiento de mediación y por tanto del reconocimiento de los hechos que pueda realizarse dentro del mismo. La configuración del reconocimiento de los hechos objeto de la causa, como presupuesto o requisito para la derivación del caso a la mediación se compadece mal con la presunción de inocencia, tanto desde la perspectiva de regla de tratamiento, que impone la consideración del investigado o del acusado como inocente durante la sustanciación de la causa, como desde la perspectiva de regla de juicio, en orden a la necesidad de fundar la condena en una prueba de cargo válida y eficaz, que nunca puede basarse en el reconocimiento de los hechos por el presunto infractor, dada la garantía de la confidencialidad que debe primar en la utilización de instrumentos restaurativos[41].

---

40. BOE de 6 de junio de 2014.

41. Etxebarria Guridi, «*La mediación penal en el ordenamiento español: algunas cuestiones no resueltas tras las recientes reformas procesales*», en *Tratado…*, op. cit., pp. 69 y ss.

d) El consentimiento informado de la víctima. Se trata pues de que la víctima reciba de manera imparcial y exhaustiva, la información sobre el contenido relativo a la posible mediación, es decir, sobre el servicio y/o el instrumento autocompositivo, los posibles resultados y el cumplimiento de los eventuales acuerdos adoptados. Dicho consentimiento será revocable en cualquier momento. Este derecho a la información sobre tales instrumentos autocompositivos, debe entenderse incluido en la LECRIM, concretamente en el art. 109, párrf. 1º, de la LECRIM, que dispone la información por el Letrado de la Administración de Justicia, al recibirse declaración por el Juez al ofendido, sobre los derechos recogidos en la ley, entre ellos el acceso a la justicia restaurativa, con la posibilidad incluso, si fuera conveniente, de delegar esta función informativa en el personal especializado en la asistencia a la víctima. Por su parte, el art. 773.2 de la LECRIM, también se refiere a la información a la víctima por el Ministerio Fiscal, cuando tenga noticia del delito directamente o previa denuncia o atestado, de los derechos reconocidos en la legislación vigente, incluyendo pues el acceso a los sistemas y servicios de justicia restaurativa. El consentimiento informado de la víctima es una exigencia igualmente predicable respecto al infractor, de manera que habría que entenderla incluida en el derecho a la información que integra el estatuto del investigado o encausado, del art. 118 de la LECRIM.

Conviene referirse también al RD 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, y se regula la Oficina de asistencia a las víctimas del delito. En tal sentido, una de las funciones de dichas Oficinas es «promover» las medidas de justicia restaurativa que sean pertinentes (art. 12.1), e informar sobre las alternativas de resolución de conflictos, con aplicación en su caso de mediación y otras medidas de justicia restaurativa (art. 19.19). El acceso a las Oficinas para estos fines relativos a procedimientos de justicia restaurativa, es un derecho recogido en el art. 14, y reiterado igualmente en la regulación de algunas de las fases de asistencia a la víctima, como la fase de información (art. 27, k, que se refiere a la información sobre los servicios de justicia restaurativa disponibles en los casos que sea legalmente posible, es decir, en todos salvo en materia de violencia de género), y la fase de intervención (art. 28, f, que se refiere a la información sobre la posibilidad de acceder a la justicia restaurativa y, en su caso, medidas de esta naturaleza a aplicar). Nada se dice sobre estas medidas en la regulación de las fases de acogida ni en la de seguimiento. Por su parte, el art. 37 recoge, entre otras funciones de la Oficina de atención a la víctima, además de la relativa a la información a la víctima sobre medidas de justicia restaurativa, la posibilidad de proponer al Juez la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima, así como el apoyo a los servicios de mediación extrajudicial. Obviamente, la propuesta de derivación que la Oficina realice deberá basarse y venir precedida de un informe de evaluación individualizada, informe general (art. 31) respecto del que nada se menciona sobre la viabilidad de la derivación del caso a la mediación, y sobre los posibles beneficios que podría reportar a la víctima.

En este punto, consideramos que la regulación del RD 1109/2015, por una parte, no desarrolla adecuadamente el papel de las Oficinas de atención a la víctima, en cuanto a la valoración individualizada del caso para proponer la derivación a la mediación, ya que aunque los presupuestos de tal derivación están contenidos en la Ley 4/2015 (básicamente la seguridad y el interés de la víctima), no se regulan las variables y criterios que deben sopesarse en dicho informe individualizado de cara a recomendar la aplicación de un instrumento de justicia restaurativa. Y por otra parte, el RD se extralimita, ya que no es el instrumento normativo adecuado para regular aspectos de la mediación penal tales como la procedencia de la derivación del caso al Juez (imaginamos que tanto el instructor como el del enjuiciamiento)[42].

3.3. Breve apunte sobre la mediación penal en las últimas reformas procesales y en los más recientes proyectos para la reforma de la LECRIM

Como decíamos antes, el sistema procesal penal necesita integrar la justicia restaurativa y la propia mediación penal. Existen medidas de diversión, tanto en el CP como en la LECRIM, fundamentalmente la conformidad y la aplicación de la atenuante de reparación a la víctima[43]. A ellas se une el papel dado a la reparación a la víctima, la restitución y la indemnización, en el nuevo proceso por aceptación de decreto del art. 803 bis de la LECRIM, introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECRIM para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, y aplicable para penas de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o privación del derecho a conducir vehículos a motor, susceptibles después de ser suspendidas con arreglo al art. 80 del CP. En tal sentido, la reparación es concebida, bien como objeto del procedimiento, en orden a la anticipación de la responsabilidad civil, o bien como presupuesto del decreto de imposición de pena del Ministerio Fiscal y posterior sentencia de condena del Juez de Instrucción. Desde ambas perspectivas, la mediación penal podría ser un mecanismo integrado para propiciar estos procedimientos monitorios penales como maneras de terminación y resolución anticipada del proceso penal, que permiten la conversión de la propuesta sancionadora del Ministerio Fiscal en sentencia condenatoria firme previa aceptación del acusado[44].

---

42. Armenta Deu, «*Justicia restaurativa…*», op. cit.

43. González Cano, *La mediación penal…*, op. cit., pp. 118 y ss.

44. González Cano, *La mediación penal…*, op. cit., pp. 129 a 131.

Sin embargo, consideramos imprescindible incluir la mediación en el ámbito del principio de oportunidad reglada, a regular en la LECRIM. Dicho principio se articularía como nuevo motivo de sobreseimiento, que constituiría el sobreseimiento por razones de oportunidad reglada basada en la mediación. De esta manera, podrá acordarse el sobreseimiento por razones de oportunidad cuando, no obstante la existencia de la sospecha o indicios de la comisión de una acción típica, culpable y punible, la ley expresamente autorice, por las causas y para el logro de los fines constitucionales, el sobreseimiento provisional o definitivo de las actuaciones tras la mediación entre víctima y victimario.

Dicho sobreseimiento podría acordarse, a instancia del Ministerio Fiscal, por el Juez de Instrucción durante las fases de instrucción o intermedia, o en su caso, por el órgano del enjuiciamiento.

Sobre este posible modelo, que hemos apuntado en trabajos previos[45], es preciso traer a colación los sistemas ideados tanto en el Anteproyecto de LECRIM de 2011, como en el Borrador de Anteproyecto de LECRIM de 2013, así como el sobreseimiento por razones de oportunidad que la LO 1/2015 introduce en el ámbito del enjuiciamiento de los delitos leves.

1. El Anteproyecto de LECRIM de 2011[46] contempla plazos máximos, efectos suspensivos de la mediación sobre el proceso, además de preverla tanto en fase de investigación que finalizaría mediante archivo condicionado al cumplimiento del acuerdo, en la fase intermedia, e igualmente en el juicio oral. En este último caso, se regula con cierto detalle la suspensión del juicio oral para la celebración del procedimiento mediador, la incorporación del acuerdo a través bien del sobreseimiento bajo condición o de la modificación de los escritos de calificación o de conclusiones, y la consideración del acuerdo en sentencia a través de una conformidad premial o de la apreciación de la atenuante de reparación. A todo ello se une la previsión de la mediación en fase de ejecución de sentencia (arts. 157 a 161).

En definitiva, el modelo del Anteproyecto de 2011 se acoge al principio de oficialidad, de forma que son el Ministerio Fiscal o el órgano jurisdiccional los que acuerdan la derivación a un procedimiento de mediación, con escrupulosa observancia del principio de voluntariedad (consentimiento informado), y con el efecto de suspensión de la causa salvo para la realización de diligencias indispensables. Igualmente son el Ministerio Fiscal o el juez los que posibilitan la

---

45. González Cano (con Rios, Saez y Zapatero*), «La mediación penal y penitenciaria…»,* op. cit., pp. 311 y ss; idem*, «La mediación penal en España»,* en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* (dir. por Barona Vilar), op. cit., pp. 43 y ss.

46. *Anteproyectos de Ley para un nuevo proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.

homologación del acuerdo dotándole de los efectos pertinentes según la fase del proceso. Y ello sin preestablecer estrictamente un marco objetivo ni subjetivo de delitos y conflictos mediables, de manera que la derivación a mediación se realiza atendiendo a las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima.

Se trata pues de comprender la institución de la mediación en el marco del principio de oportunidad, conceptuándola como un instrumento de dicho principio. Con ello, a nuestro modo de ver, se permite una adecuada conjugación de los principios de legalidad y oportunidad, tanto por razones de interés social ante la innecesariedad o falta de interés público en la persecución de determinados comportamientos, como para estimular la pronta reparación de la víctima, o para evitar efectos crimonógenos de penas de corta duración[47].

Creemos que es el principio de oportunidad reglada a través de sus distintos instrumentos, y entre ellos la justicia restaurativa y la mediación penal, el que, como afirma Conde Pumpido[48], responde a la idea de pacificación del proceso a través del consenso, con el tratamiento individualizado del hecho punible, tanto desde el punto de vista del interés social en la persecución, como, en su caso, desde la perspectiva de la reparación a la víctima y la innecesariedad de la pena.

El Anteproyecto de 2011 respondía muy atinadamente al postulado de la complementariedad, que no alternatividad, de los instrumentos de justicia restaurativa integrados en el proceso penal. Este punto de partida queda reflejado en la Exposición de Motivos (apartado XXVI), que habla de medición penal descartando orientaciones cercanas a un «poder omnímodo de disposición» de las partes sobre las consecuencias de la infracción penal, y configurándola como un instrumento complementario y al servicio de la Administración de Justicia, enmarcado en el principio de oportunidad.

Además, el art. 150 regulaba la denominada suspensión del proceso bajo condición para delitos de prisión de hasta cinco años, que constituye una clara manifestación del principio de oportunidad reglada a instancia del Ministerio Fiscal, con sobreseimiento provisional bajo condición (tales como la reparación bien económica, o bien simbólica), y bajo plazo transcurrido el cual se decretará el sobreseimiento definitivo[49].

---

47. Armenta Deu, «*La reforma del proceso penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal»,* en Revista del Poder Judicial, nº 58, 2000, p. 278; Idem, *Estudios de Justicia penal*, op. cit., 2014, p. 98.

48. Conde Pumpido Ferreiro, «*El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal*», en Revista del Poder Judicial, nº especial, *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, vol. VI, 1989, p. 24.

49. Manifestación del principio de oportunidad inspirada en el & 153 de la StPO alemana y en los arts. 281 y 282 del CPP portugués con la institución de la *suspensao provisória do proceso*, concebida como un archivo condicional de la causa, ligado en su caso al consenso con la víctima en orden a la reparación del daño. Sobre esta última institución,

2. Por su parte, el Borrador de LECRIM de 2013[50] se refiere en el apartado IV de su Exposición de Motivos, a un modelo de mediación penal como instrumento de la justicia restaurativa que «se concibe no como sustitutivo de los tradicionales fines de la justicia penal, sino como complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades, sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación, o a criterios utilitaristas o a la delincuencia menor».

El Borrador parece así decantarse por una concepción de la mediación penal como instrumento de justicia restaurativa en el que la reparación es «concebida como algo mucho más rico que la pura indemnización económica». En suma, un modelo de mediación penal como «la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas legalmente pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser muy dispares (desde el archivo por razones de oportunidad, la suspensión de la condena, o la apreciación de alguna atenuante..)».

Unas breves reflexiones sobre estos perfiles de la mediación penal apuntados en el Borrador de 2013, nos permitirán concluir que desafortunadamente en poco se ajusta el articulado a las previsiones de la Exposición de Motivos.

Así, se desvincula aparentemente la mediación del principio de oportunidad y de los motivos de sobreseimiento por razones de oportunidad previstos en su art. 91. Por tanto, y con carácter general, el acuerdo logrado en mediación, el acuerdo restaurativo, en sí mismo no justifica la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal para que sea acordado por el Tribunal de Garantías.

Con nula sistemática, y sin responder realmente a un modelo de justicia restaurativa insertado en el proceso, el Borrador de 2013 configura la mediación penal, como afirma MARTIN DIZ[51], como un elemento paralelo y simultáneo al proceso, de manera que por ello no se prevén en la regulación plazos de suspensión de la causa como sí hacía acertadamente el Anteproyecto de 2011, ni se anudan al acuerdo efectos concretos ni procesales ni jurídico - penales, y ni tan siquiera, desde su parquedad, (que no es que sea expresión de la flexibilidad del procedimiento a la que nos referíamos en páginas anteriores), no dis-

---

DE DIEGO DÍEZ, *Justicia criminal consensuada (algunos modelos del Derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999,* pp. 185 y ss.

50. *Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento criminal elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

51. MARTIN DIZ, «*Mediación y Justicia penal. Crítica ante un futuro contexto legal»,* en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (dir. por MORENO CATENA), Tirant lo Blanch reformas, Valencia, 2015, p. 765.

pone normas de derivación ni mínimos procedimentales en orden a la garantía de la confidencialidad, ni previsiones como por ejemplo la relativa a los efectos del procedimiento de mediación sobre la prescripción del delito.

Mientras el Anteproyecto de 2011 se refiere a una mediación penal no sólo intraprocesal sino insertada en el proceso, el Borrador de Anteproyecto de 2013 configura un modelo intraprocesal pero desvinculado del proceso penal, sin concreción del ámbito objetivo y subjetivo, de los efectos del procedimiento mediador sobre la suspensión de la causa y los plazos de prescripción del delito, ni de los efectos del acuerdo sobre el proceso penal y sobre las consecuencias jurídico penales de la infracción. A ello se une, no sabemos si como fruto de la improvisación o del desconocimiento, que el Borrador de 2013 realiza una improcedente remisión a la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012), en temas de tal calado como la ejecución de los acuerdos y la garantía de la confidencialidad, que obviamente en cuanto referidos a una mediación penal plantean problemáticas y necesidades distintas de las de los conflictos en el ámbito del Derecho privado.

Sin embargo, repárese en otra circunstancia a nuestro modo de ver llamativa. Si bien es cierto que el art. 146 del Borrador claramente excluye los efectos concretos del acuerdo logrado en la mediación penal, remitiéndose a las consecuencias procesales que procedan (que no se alcanza a saber cuáles son), también hay que tener presente que el art. 145 y el art. 92 prevén un auténtico sistema de suspensión del proceso bajo condición. En tal sentido, el art. 145 permite que el Ministerio Fiscal, cuando tenga conocimiento de un proceso de mediación (lo cual se contradice por otro lado con el art. 144.2 que parece confiarle la iniciativa y la derivación), suspenda las Diligencias de investigación, imaginamos que durante un plazo por concretar y en su caso hasta el acuerdo o ante la evidencia de la imposibilidad o inviabilidad del mismo.

Y, el art. 92, prevé la denominada «suspensión para el cumplimiento de prestaciones» (en el mismo sentido que la suspensión del proceso bajo condición del art. 150 del Anteproyecto de 2011), de forma que para delitos leves o menos graves cabe la suspensión o sobreseimiento provisional de hasta dos años si el encausado acepta la realización de determinadas prestaciones con el fin de afrontar su responsabilidad civil, realizar trabajos en beneficio de la comunidad o someterse a tratamientos de adicciones[52].

Este Decreto de suspensión condicionada de la investigación por parte del Ministerio Fiscal, que perfectamente puede derivarse de un acuerdo de mediación

52. Obsérvese que la previsión del Borrador de 2013 se ajustaba a la proyectada, y ahora ya vigente, reforma del CP de 2015 en materia de delitos leves y menos graves.

intraprocesal, podrá desembocar en un sobreseimiento por razones de oportunidad, de acuerdo con el art. 91.2 del Borrador, es decir, cuando la causa hubiese sido suspendida por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones por él aceptadas y finalmente dichas condiciones se hubiesen cumplido satisfactoriamente.

Por tanto, curiosamente, el sobreseimiento por acuerdo logrado en mediación se convierte en un motivo de sobreseimiento por razones de oportunidad (sobreseimiento provisional en principio, y definitivo tras el cumplimiento de condiciones), si se vincula exclusivamente a la reparación, y no a otros posible efectos restaurativos como lo hacía el Anteproyecto de 2011.

Se trata, a nuestro modo de ver, de una mala reproducción de las previsiones de los arts. 18 y 19 de la LORPM, que condicionan el desistimiento de la incoación o el sobreseimiento del expediente del menor a la conciliación o a la reparación, y no únicamente al acuerdo reparatorio.

Tanto el Anteproyecto de 2011 como el Borrador de 2013, optan por sistemas diferentes en orden a preestablecer el ámbito objetivo de la mediación penal, al modo de un catálogo de delitos mediables en función de la gravedad de la pena o bien abandonando tal criterio, y optando por la valoración individualizada y la ponderación de las circunstancias del caso.

En cualquier caso, consideramos que cualquier hecho delictivo es susceptible de mediación, independientemente de la duración de la pena asignada en el tipo penal, ya que la mediación y los métodos restaurativos, aun siendo instrumentos del principio de oportunidad, no implican necesariamente que en función de la gravedad de la pena la opción de política criminal sea la mediación, o bien la continuación de la persecución y el enjuiciamiento. La gravedad de la pena o su duración no es el único elemento determinante de la viabilidad de la mediación, sino un criterio o dato más en orden a la misma, siendo realmente la voluntariedad, el deseo de consenso bilateral y las condiciones de igualdad, los criterios o presupuestos para derivar una causa a mediación.

3. Por último, la reparación a la víctima se ha incluido en la LECRIM como nuevo motivo de sobreseimiento por razones de oportunidad reglada. En efecto, los arts. 963 y 964 de la LECRIM, en redacción dada por la DF 2ª.8 de la LO 1/2015, por la que se modifica el CP, y en el ámbito del nuevo procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves (antes, juicio de faltas), se refiere al sobreseimiento a instancia del Ministerio Fiscal en delitos leves, cuando concurran, a nuestro entender acumulativamente, dos circunstancias:

a) Que se trate de delito leve de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, circunstancias y personalidad del autor.
b) Y, la carencia de interés público relevante en la persecución, que en el ámbito de los delitos patrimoniales se entenderá que concurre cuando no haya denuncia del perjudicado y se hayan reparado los daños.

Es de destacar que si bien la Ley 4/2015 sobre el estatuto de la víctima, no establece en ningún caso un listado de delitos o ámbito objetivo predeterminado de infracciones respecto de las que quepa la actuación de los servicios restaurativos[53] y la procedencia de la mediación penal, el sobreseimiento por razones de oportunidad basado en la carencia de interés público, y en su caso en una reparación al perjudicado (arts. 963 y 964 de la LECRIM), que puede venir precedido de una mediación, se circunscribe a los delitos leves. De tal manera que para el resto de figuras delictivas, esta terminación anticipada mediante sobreseimiento y archivo quedaría descartada, sin perjuicio, claro está, de que puedan seguir utilizándose las medidas de diversión actuales derivadas de una mediación (conformidad, aceptación de Decreto del Fiscal, atenuante de reparación, etc.)[54].

Nos encontramos pues ante un sobreseimiento atendiendo a razones de oportunidad, previsto en términos muy parecidos a los del Borrador de LECRIM de 2013 (arts. 91 a 93), un sobreseimiento en casos de escasa gravedad, sin que exista interés público relevante en la persecución atendidas todas las circunstancias, aunque, a diferencia del Borrador de 2013, sin que se incluyan fórmulas de condicionalidad o *probation,* por lo que estamos ante un supuesto de oportunidad pura y reglada[55].

---

53. Gómez Colomer, *Estatuto jurídico de la víctima…* op. cit. pp. 342 a 345.

54. González Cano, *La mediación penal…,* op. cit., pp. 139 y ss.

55. Moreno Catena, *Derecho Procesal Penal* (con Cortes Dominguez), 7ª ed. actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 504; De Hoyos Sancho, «*Víctimas del delito y acción penal*», en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, (dir. por De Hoyos Sancho), Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 90 y ss.

3 | La revisión judicial sobre el fondo del laudo: ¿hasta qué punto es lícito y conveniente llegar?

Guillermo Ormazabal Sánchez
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Girona

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión. II. La renunciabilidad de la acción de anulación contra el laudo. III. La opción de hacer facultativa la revisión del laudo sobre el fondo. IV. La conveniencia de introducir una revisión del laudo dentro del propio procedimiento arbitral o una «segunda instancia arbitral». 1. Consideraciones de oportunidad y breve panorama de Derecho comparado. 2. La propuesta o proyecto de laudo como objeto propio de revisión o «segunda instancia» arbitral. V. La vulneración del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral. 1. Actualidad y vigencia del problema sobre la determinación del concepto de orden público como causa de anulación del laudo. 2. La noción de orden público sostenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. La extensión del orden público más allá de la vulneración de los derechos fundamentales. 3. ¿Se extiende el control judicial sobre el orden público a la motivación del laudo o se restringe a su parte dispositiva o «resultado»? 4. La necesidad de trascender la interpretación centrada en la vulneración de derechos fundamentales y la aplicación del concepto de «leyes de policía» como pauta hermenéutica orientativa para precisar el concepto de orden público.

I. Planteamiento de la cuestión

Ha transcurrido ya más de un cuarto de siglo desde que la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, eliminó la posibilidad de recurrir el laudo de Derecho por motivos relacionados con el fondo, tal como era tradicional en el ordenamiento español hasta la fecha, alineando así la legislación arbitral española con la tendencia universalmente consolidada de prohibir la revisión judicial del laudo en cuanto al fondo. Con la excepción del profesor Albaladejo, que profirió un fulminante anatema contra la innovación legislativa[1], la abrumadora mayoría de la

1. Cfr. ALBALADEJO, M., *La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho que infringe las normas debidas aplicar*, Revista de Derecho Privado (RDP), Año nº 74, Mes 3, 1990, pp. 171-186. El algún momento el autor llega

doctrina y de la praxis se han venido mostrando favorables al cambio de orientación legislativa, postura que personalmente también suscribo.

Lo dicho, sin embargo, no obsta a que en tiempos recientes hayan vuelto a plantearse —y, por cierto, con notable vehemencia— cuestiones de gran relevancia entorno al control judicial sobre el fondo del laudo, tal como lo demuestra la ola de críticas vertida contra la anulación de algunos laudos arbitrales por parte del TSJ Madrid, sobre todo a lo largo de 2015, con fundamento en la vulneración de un sedicente orden público económico, cuestión a la que más tarde se hará referencia.

Las líneas que siguen versarán, en concreto, sobre las siguientes cuestiones relacionadas con el control judicial del laudo: la conveniencia de permitir la renuncia a la acción de anulación; la extensión del control judicial sobre el orden público en su vertiente material; la conveniencia de introducir, dentro del propio procedimiento arbitral, una instancia revisora del laudo; y la de hacer facultativa la impugnación arbitral en cuanto al fondo[2].

Me ha parecido que dedicar mi ponencia a las cuestiones ahora referidas resulta un modo adecuado de contribuir al debate en la mesa a la que hemos sido convocados, cuyo título reza *Los métodos alternativos de resolución de conflictos: ¿es necesario menos proceso?* Como se verá, mi opinión es que, en relación con el control judicial del laudo, no se precisa *más proceso*, o, por expresarlo con mayor precisión, no conviene intensificar o aumentar el control judicial sobre el laudo, tal como dicho control se prevé en nuestra legislación arbitral, siempre que sea interpretada del modo que estimo adecuado. Pero al mismo tiempo, intentaré razonar porqué tampoco considero conveniente eliminar o aminorar dicho control en ciertos aspectos en los que, algunas voces en la doctrina, vienen propugnando un mayor blindaje del laudo frente a su impugnación o control jurisdiccional.

El tema, en fin, me parece que goza del interés y calado necesarios para rendir un justo y sentido homenaje, con ocasión de su IV Memorial, al Prof. Serra Domínguez, quien dedicó luminosas páginas al arbitraje[3].

---

a afirmar que «con el argumento expuesto [habría que hacer irrecurrible el laudo de Derecho en cuanto al fondo para evitar la interposición de recursos infundados] —insisto— por sí solo, creo que la tesis de la irrecurribilidad o de su conveniencia (…), la desjarreto, la apuntillo y la incinero. Y que lo *creo*, lo digo por modestia y por guardar las formas, pero de verdad *estoy seguro*». Cfr. *La ominosa*…cit.p.181.

2. Sobre todas estas cuestiones, ampliamente, véase mi trabajo *El control judicial sobre el fondo del laudo*, Editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2017, obra cuya elaboración fue posible gracias a una ayuda otorgada por la Fundación Privada Serra Domínguez.

3. Señaladamente, véanse sus dos estudios *El proceso arbitral* y *Naturaleza jurídica del arbitraje*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Bosch, Barcelona 1969.

II. La renunciabilidad de la acción de anulación contra el laudo

La respuesta del TS a la pregunta de si, en general, resulta lícito renunciar a la acción de anulación es claramente negativa. La STS de 10 de marzo de 1986 (ROJ 7972/1986), que se ocupa de una cláusula en la que las partes pactaron «la renuncia a impugnar judicialmente la decisión del arbitraje convenido», consideró que tal estipulación suponía renunciar a los derechos fundamentales contenidos en el art. 24 CE, de modo que había de tenerse por no puesta[4].

Mi reacción inicial al leer el texto de dicha resolución fue de extrañeza. A menos que el art. 20.1 LEC se considerase viciado de inconstitucionalidad, en principio resultaría tan lícito renunciar a la acción de nulidad del laudo como a cualquier otra acción ejercitada ante los tribunales. Y aunque el precepto esté expresamente referido a la acción ejercitada (*cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada*…), no parecen existir razones para no considerarlo aplicable también a las acciones aún no ejercitadas, es decir, a eventuales acciones futuras. La disposición sobre los derechos subjetivos en juego, fundamento de la licitud de la renuncia, no se vería alterada por el factor cronológico, es decir, por el hecho de que la renuncia tuviese lugar antes o después del ejercicio de la acción.

Por lo demás, es preciso recordar que la renuncia a la acción no implica abdicar al —de suyo— irrenunciable derecho a la tutela judicial efectiva sobre cierto derecho o, si se prefiere, sólo implica renunciar a obtener la tutela judicial del derecho en que se funda la pretensión frente al otro litigante en un proceso concreto, con su obligado correlato desestimatorio sobre el fondo, sin que dicha renuncia comporte hacer dejación con carácter general del derecho en que se basa la pretensión ni al ejercicio de la acción en otros procesos y frente a otros litigantes[5].

Pese a todo lo expuesto, sin embargo, como ahora argumentaré, creo que la conclusión del TS es, en términos generales, acertada. En efecto, aunque per-

---

4. *Ciertamente una estipulación como la transcrita desconoce el fundamental «derecho al proceso» en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la Lex suprema, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo 6.2 del Código Civil sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando contraríe el interés o el orden público*.

5. Véase a este respecto y en este sentido, por ejemplo, De La Oliva Santos, A., *Derecho Procesal Civil*, *proceso de declaración*, 3ª Edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2004, pp. 468 y ss.; Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, AAVV, Editorial Thomson Aranzadi, 6ª edición 2005, pp. 454 y ss. Véase también, al respecto, Cordón Moreno, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, AAVV (coordinado por el mismo autor, T. Armenta Deu, Julio J. Muerza esparza y I. Tapia Fernández), Editorial Aranzadi/Thomson Reuters, Pamplona 2011, 2ª edición, Vol.I, comentario al art. 20, p.351,

mitir la renuncia a la acción de anulación contra el laudo se considerase, con base en los argumentos expuestos más arriba, abstractamente conforme con el orden constitucional, parece que dicha exclusión o renuncia habría de topar, en cualquier caso, con ciertos límites constitucionales infranqueables que, como se verá, hacen, cuando menos, dudosamente viable en términos jurídicos la renuncia a la acción de anulación en una gran parte de los casos.

El primero de los límites referidos es el relativo a la invalidez e ineficacia del convenio arbitral. En efecto, si el convenio arbitral implica renuncia a la jurisdicción estatal y a ciertas facultades de impugnación, renunciar a impugnar la validez o eficacia de dicho convenio sería tanto como renunciar a impugnar la validez o eficacia de aquellas renuncias, lo que sí podría suscitar serias dudas de compatibilidad con el derecho fundamental a obtener el amparo de los órganos judiciales. Cabe, en efecto, renunciar a un derecho, pero parece más dudoso que resulte compatible con el derecho a la tutela judicial reconocido en la CE renunciar a impugnar la validez de una declaración de voluntad a través de la cual se renuncia a acudir a los tribunales para recabar la protección de aquel derecho. El presupuesto que condiciona ineludiblemente la exclusión de la vía judicial es una válida renuncia, que sólo puede articularse a través de un convenio arbitral válido. Y dentro de lo relativo a la posibilidad de impugnar la validez o eficacia del convenio arbitral, es decir, de la renuncia a la jurisdicción estatal, habría que incluir asimismo todo lo relativo a la arbitrabilidad, pues este aspecto incide también en la licitud del objeto o materia del pacto o compromiso arbitral.

El segundo límite constitucionalmente insoslayable guarda cierta semejanza con el anterior y es el relativo al control de la extralimitación de los árbitros, es decir, a la impugnación del laudo por haber resuelto los árbitros cuestiones no comprendidas en el convenio arbitral. Se trata asimismo de un aspecto relacionado con el convenio arbitral, concretamente con su ámbito objetivo. Las partes no habrían renunciado al derecho a obtener la tutela judicial en relación con aquellos aspectos afectados por la extralimitación y, por lo tanto, no cabría excluir la impugnación judicial para denunciar dicha extralimitación.

Y el tercer límite a la facultad de renunciar a la acción de anulación vendría dado por el orden público. Difícilmente cabría admitir una renuncia, ya sea a través del convenio arbitral o bien mediante una declaración de voluntad posterior, a facultades de impugnación fundadas en la vulneración del orden público. El art. 6.2 CC, incluido en el Título Preliminar del Código Civil establece que *la exclusión voluntaria de la norma aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*. A la vista de dicho tenor, parece sensato concluir que renunciar a una facultad de origen legal dirigida a privar de efec-

tos jurídicos a un laudo que lesiona orden público resulta asimismo lesiva de dicho orden público, aunque sólo sea porque supondría eliminar la posibilidad de remover tan grave lesión o quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

Por razones similares, parece claro que el legislador ha de introducir mecanismos que instauren el control judicial del laudo para proteger el orden público en cuanto al fondo. Es verdad que, teóricamente, dichos mecanismos no tendrían por qué dejarse en manos de los particulares y que podrían conferirse únicamente a ciertos órganos oficiales, señaladamente el Ministerio Fiscal, especialmente encargados de velar por el interés público. O cabría también establecer un sistema de homologación judicial del laudo, como condición necesaria para que éste pudiese desplegar efectos jurídicos. Si se descarta esta homologación, como sucede en la actualidad, al caracterizarse el arbitraje por ser un procedimiento alejado de la publicidad, la vía para impugnar el laudo que vulnera el orden público no puede ser, en la práctica, sino la acción de anulación ejercitada a través de la parte perjudicada por el laudo, y, por lo tanto, el legislador no puede prescindir de introducir un motivo de anulación del laudo basado en este motivo.

En definitiva, recapitulando todo lo anterior, una vez excluidas las cuestiones afectadas por los límites constitucionales ahora expuestos, la renuncia o la ausencia de previsión de motivos legales de anulación, sólo podría referirse a dos bloques de materias:

— Por una parte, las cuestiones relativas al fondo del laudo, es decir, relativas a la aplicación de la legalidad sustantiva y a la fijación de los hechos, en este último caso singularmente lo referente a la valoración de la prueba. Todo ello, dejando siempre a salvo la posibilidad de denunciar la vulneración del orden público.
— Por otra parte, las cuestiones relativas a aspectos de carácter procesal y, dentro de éstas, sólo a aquéllas en las que no esté comprometido el orden público en su vertiente procesal.

Como es bien sabido, es precisamente respecto de los motivos relativos al fondo que no afecten al orden público, a los que me acabo de referir, donde el legislador no prevé motivo de anulación alguno. Considero, además, que dicha conclusión es plenamente acorde con la sensatez y el buen juicio, pues, aunque la ausencia de medios de impugnación contra el laudo o la renuncia a las facultades de impugnación resultasen compatibles con el orden constitucional, ello no equivaldría a afirmar que resultasen deseables o convenientes. Aunque se defendiese la adecuación constitucional de la renuncia a la acción de anulación en términos más amplios que los aquí expuestos me parecería, en términos de oportunidad, tan inconveniente como imprudente y, en cualquier

caso, coincidiendo con J. Remón, un modo de proceder no reclamado por la praxis arbitral ni útil para dotar de mayor eficacia al régimen del arbitraje[6]. De hecho, aunque con ciertas modulaciones, es muy significativo que la mayor parte de las legislaciones arbitrales de nuestro entorno establezcan con carácter general y de modo expreso el carácter irrenunciable de la acción de anulación contra el laudo. A mi juicio, sería conveniente que el legislador hiciera lo propio en la ley arbitral española con el objeto de clarificar cualquier duda al respecto.

La solución adoptada por el Derecho arbitral francés, de permitir la renuncia a la acción de anulación en el caso del arbitraje internacional, podría, sin embargo, resultar aceptable (aunque no necesariamente recomendable ni exenta de inconvenientes)[7]. Se trata de evitar el doble examen de los motivos de anulación que implica instar la ejecución del laudo en el extranjero, puesto que el Convenio de Nueva York de 1958, sobre ejecución de resoluciones arbitrales, permite en el Estado de ejecución un control del laudo que resulta prácticamente coextenso con los habituales motivos de anulación previstos en las legislaciones arbitrales nacionales, frecuentemente inspiradas en la Ley Modelo de UNCITRAL. Renunciando a la acción de anulación, se permitiría que los motivos de anulación fuesen controlados una sola vez, en el Estado de ejecución. Si el laudo debe ejecutarse en Francia, sin embargo, los motivos que fundamentan la acción de nulidad renunciada podrían hacerse valer como causas de oposición contra la ejecución del laudo.

III. La opción de hacer facultativa la revisión del laudo sobre el fondo.

La concepción del arbitraje patrocinada por la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo es la que apuesta por la inatacabilidad del laudo en lo que respecta al fondo del asunto, pero ello no impide que, simultáneamente, algunos legisladores hayan decidido respetar y dar cauce en sus ordenamientos arbitrales a la voluntad de las partes de reservarse la posibilidad de acudir a los órganos judiciales para solicitar dicha revisión.

En este sentido, en los EEUU continúa viva la polémica acerca la conveniencia de permitir que las partes puedan pactar la impugnabilidad del laudo respecto del fondo (las así llamadas *opt in provisions* o *judicial review expanding clau-*

---

6. Cfr. Remón, J., *La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público*, Revista del Club Español de Arbitraje nº 1, 2008, p. 14. Disponible en http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1900/documento/061laudoUM.pdf?id=1942.

7. Sobre esta cuestión, las ventajas y las desventajas de la solución francesa, véase Félix J. Montero y Fernando Bedoya, *La renuncia a la acción de anulación en la nueva ley de arbitraje francesa*, Revista del Club Español del Arbitraje - 11/2011, pp. 145 y ss.

ses). Los partidarios de admitir dicha posibilidad y los que se muestran contrarios a la misma son muy numerosos y cualificados, y la controversia mantiene enfrentadas nada menos que a la Corte Suprema de los EEUU y a la del poderoso Estado de California[8], lo que pone de manifiesto que la impugnabilidad respecto del fondo es una opción que cuenta con el respaldo y aprobación de muchos operadores jurídicos, que de este modo pretenden amortiguar el vértigo que les causa el así llamado *one shot arbitration*, es decir el hecho de que su controversia sea resuelta mediante el fallo inapelable de un árbitro o de un colegio arbitral. A la vez que pone de manifiesto que repartir la confianza entre los árbitros y los órganos judiciales por lo que respecta a la correcta aplicación de la legalidad sustantiva y, en general, respecto del fondo del laudo, es una opción deseada por un gran sector de potenciales y actuales usuarios del arbitraje.

En este sentido, como señala E. Brunet, frente a la tendencia dominante en otras épocas, hoy en día en los EEUU muchos habituales y bien experimentados usuarios del arbitraje están dispuestos a asumir costes superiores y muestran su preferencia por un estilo de arbitraje más sofisticado y que guarda mayor semejanza con el procedimiento judicial (*judicialized style of arbitration*). Ello se manifiesta en un claro abandono del arbitraje de equidad o del arbitraje regido por normas corporativas y en una decidida apuesta por el arbitraje de Derecho —en buena parte para contrarrestar la tendencia de mu-

---

8. En el caso *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel*, Inc., 552 U.S. 576 (2008), la Corte Suprema de los EEUU, después de que diferentes tribunales federales de apelación dictasen numerosas sentencias contradictorias al respecto, resolvió la controversia disponiendo que los particulares no podían pactar válidamente la impugnabilidad del laudo respecto del fondo, pues el § 10 la ley arbitral federal (FAA, *Federal Arbitration Act*, USC., título 9º) no permite impugnar el laudo por incorrecta aplicación de la ley sustantiva y dicha facultad entrañaría desvirtuar un elemento esencial del arbitraje. Por el contrario, en ese mismo año la Corte Suprema de California se pronunció en sentido contrario en el caso *Cable Connection v. DIRECTV*, Inc., 44 Cal. 4th 1334 (2008). Este pronunciamiento, como es lógico, no despliega efecto alguno en relación con los arbitrajes que caen en el ámbito de aplicación de la legislación arbitral federal (es decir, esencialmente los casos que afectan al comercio entre Estados —*interstate commerce*—). En *Hall Street* la Corte Suprema respaldó los principales argumentos patrocinados por la AAA (*American Arbitration Association*), según los cuales permitir la extensión del control jurisdiccional sobre el fondo equivaldría a desvirtuar uno de los valores tradicionales del arbitraje y relegar a éste a una forma más litigación judicial, con todos sus inconvenientes, en especial en lo relativo a la celeridad de las actuaciones. La Corte Suprema californiana, por su parte, basa su pronunciamiento favorable a la posibilidad de pactar el control judicial del laudo respecto al fondo en la autonomía de las partes para someterse a arbitraje y acordar libremente la configuración y desarrollo de éste. La inimpugnabilidad del laudo en cuanto a la aplicación de la ley sustantiva (*finality*), frecuentemente considerada como unos de los rasgos esenciales de la institución arbitral, sólo tendría sentido en la medida en la que dicho carácter definitivo derivase de la libre elección de las partes y respondiese a sus expectativas contractuales. Según el tribunal, además, este tipo de convención resulta de gran beneficio para la Administración de Justicia, ya que evita forzar a las partes a escoger entre el riesgo de un laudo desacertado o haber de someter su disputa a los órganos judiciales. Este tipo de acuerdos de impugnabilidad respecto del fondo, en definitiva, contribuiría a aliviar la sobrecarga de trabajo de los tribunales. Véase al respecto, C.C. Chao/J.M. Schurz, *Expanding Review of Arbitration Awards: the Uncertainty Continues for Drafters of Arbitration Agreements*, en AAVV, *Handbook on Arbitration Practice*, patrocinado por la American Arbitration Association, Editorial JurisNet, Huntington (NY), 2010, pp. 365 y ss. Véase también sobre esta cuestión, en un sentido favorable, Solomon, R.C., *Appeals of Arbitration Awards by Agreement: Why Should They Be Allowed!*, en en AAVV, *Handbook on Arbitration Practice*, patrocinado por la American Arbitration Association, Editorial JurisNet, Huntington (NY), 2010, pp.371 y ss.

chos árbitros a adoptar soluciones salomónicas o de compromiso— lo que no sólo aumenta las posibilidades de control judicial del laudo en el plano sustantivo[9], sino que son las mismas partes quienes deliberadamente desean establecer un control judicial en cuanto al fondo[10].

Por lo demás, la opción por una mayor libertad de las partes a la hora de configurar el procedimiento arbitral, permitiéndoles pactar la posibilidad de acudir a la revisión judicial del laudo en lo relativo a la correcta aplicación del Derecho es una realidad en algunos ordenamientos europeos como nada menos que el italiano, el francés y el inglés.

En el caso italiano, los apartados III, IV y V del art. 829 CPCit se ocupan de la impugnación del laudo sobre el fondo y establecen que ésta puede tener lugar siempre que las partes la hayan pactado o lo disponga la ley[11]. Es el propio precepto el que, a renglón seguido, especifica ciertos casos en los que siempre se permitirá esta revisión sobre el fondo entre los que, como no podía ser menos, se incluye el de vulneración del orden público.

Y en el caso del Derecho francés, el Código de Proceso Civil de aquel país también ofrece a las partes la opción de escoger entre un arbitraje susceptible de control judicial en cuanto al fondo o descartar la posibilidad de dicha revisión jurisdiccional. Esto segundo es la regla general, ya que la primera opción, la del control sobre el fondo, requiere un acuerdo de las partes en tal sentido. En concreto, el art. 1489 CPCfr[12] dispone que, salvo pacto en contrario, el laudo arbitral no es susceptible de apelación, es decir, de un recurso devolutivo de carácter ordinario apto para hacer objeto de control judicial la entera actividad

---

9. Cfr. E. Brunet/R.E. Speidel/J.R. Sternlight/S.J. Ware, *Arbitration Law in America. A Critical Assessment*, Cambridge University Press, New York, NY. 2006, p.6.

10. Cfr. *Arbitration Law in America. A Critical Assessment*…cit.p.20. Son bastantes las voces en la doctrina que consideran que la prohibición de pactar el control judicial del laudo respecto del fondo, después del caso *Hall Street Associates* ya comentado, no hace sino retraer a muchos operadores del recurso al arbitraje, al no estar dispuestos a asumir el riesgo de errores incorregibles en la aplicación de la ley. Véase al respecto D.K. Kessler, *Why Arbitrate? The Questionable Quest for Efficiency in Arbitration After* Hall Street Associates, 8 FLA. ST. U. Bus. Review. 77, 92 (2009); M.A. Weston, *The Other Avenues of* Hall Street *and Prospects for Judicial Review of Arbitral Awards*, 14 Lewis & Clark Law Rev. 929, 950 (2010). Sobre las diferentes posiciones al respecto véase W. P. Bolt, *Much Ado About Nothing: The Effect of Manifest Disregard on Arbitration Agreement Decisions*, Alabama Law Review 63 Ala. L. Rev. 161, 2011. El autor rebate la tesis de que el arbitraje vaya a resultar menos atractivo para el público tras la sentencia del caso *Hall Street Associates* y el sentido restrictivo con el que los tribunales federales apreciación el motivo de anulación del laudo consistente en que los árbitros hayan ignorado palmariamente la aplicación de la ley (*Manifest Disregard of the Law*).

11. Al respecto puede consultarse el comentario al precepto que realiza L. Salvaneschi en *Commentario del Codice di Procedura Civile (Libro Quarto-Procedimenti Speciali*), 1ª edición, editado por S. Chiarloni Zanichelli Editore, Bolonia 2014, pp. 913 y ss. Véase también M. Rubino-Sammartano, Il *Diritto dell'arbitrato*, 5ª edición, Editorial CEDAM, Milán 2006, pp. 1003 y ss.; y AAVV, E. Bocchini (coordinador), *L'arbitrato*, CEDAM, Milano 2006, pp. 683 y ss.

12. Modificado por el Decreto n°2011-48 de 13 de enero de 2011.

de los árbitros, incluyendo la corrección en la aplicación del Derecho[13]. El art. 1492 CPCfr, por su parte, señala que, salvo que las partes hayan optado por admitir la posibilidad del recurso de apelación ordinario ahora referido, el laudo será susceptible siempre de un recurso de anulación, sin que resulte válida la renuncia al mismo por acuerdo de las partes[14]. Entre los motivos que permiten la admisión de este recurso no figura la incorrecta aplicación de las normas legales al fondo de la controversia, siempre, por descontado, que dicha infracción no suponga una vulneración del orden público, caso en el que sí cabría interponer aquél recurso.

Finalmente, en Derecho inglés también cabe que las partes opten por la revisión del laudo en cuanto al fondo. La sección 67 (relativa a la *substantive jurisdiction*) y la sección 68 (*serious irregularities*) de la *Arbitration Act* de 1996 contemplan una serie de causas de anulación del laudo en gran medida similares a las del resto de legislaciones europeas, mayormente referidas a aspectos procedimentales o relativas al convenio arbitral. La sección 69, por el contrario, establece clara y llanamente la posibilidad de que las partes impugnen el laudo por infracción del Derecho aplicable al fondo (*Appeal on Point of Law*), facultad a la que las partes pueden renunciar de mutuo acuerdo. Nótese que, a diferencia del Derecho francés e italiano, la impugnabilidad es aquí norma general cuya exclusión precisa renuncia por las partes. Hay que observar, con todo, que la posibilidad de revisión en cuanto a la aplicación de la ley se sujeta a severas condiciones adicionales[15] y se limita, aunque el precepto no lo disponga de modo expreso, a la aplicación del Derecho inglés[16].

La introducción de este motivo de anulación del laudo ha sido criticada por algunos autores, pero son también muchas las voces que lo consideran acerta-

---

13. Art. 1489 CPCfr: *La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties*. Al respecto, véase C. Seraglini/J.Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Editorial Montchrestien, Paris 2014, pp. 420 y ss. (nn. 496 y ss.). El autor hace referencia a las numerosas críticas que el precepto, en su versión actual de 2011, ha recibido por parte de la doctrina, al considerar la doble instancia como un elemento que pugna contra la esencia del arbitraje. Véase también sobre este precepto el comentario de T. Clay, *Code de l'arbitrage commenté*, Editorial LexisNexis 2015, pp. 130 y 131.

14. Art. 1491 CPCfr: *La sentence peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation à moins que la voie de l'appel soit ouverte conformément à l'accord des parties. Toute stipulation contraire est réputée non écrite*. Este precepto también fue modificado por el Decreto n°2011-48 de 13 de enero de 2011.

15. En este sentido, Andrews, N./Landrecht, J., *Schiedsverfahren und Mediation in England*, editado conjuntamente por las editoriales C.H.Beck, Manz y Stämpfli, Berna 2015. Los autores destacan cómo la impugnación sobre el fondo a la que hora nos referimos ha sido rodeada por el legislador de severos requisitos para evitar un uso a la ligera o infundado de la misma. Op. cit., p. 180 (marginal 629). En el mismo sentido véase D.St. John Sutton/J. Gill/M.Gearing, *Russell on Arbitration*, 23º edición, Editorial Sweet&Maxwell, Londres 2007, p. 511, marginales 8-132 y ss. En especial, véanse las exigencias relativas a la que afectación sustancial de derechos, al carácter claramente erróneo del defecto alegado o al hecho de que la resolución de la cuestión entrañe una relevancia general o pública.

16. En este sentido, D.St. John Sutton/J. Gill/M. Gearing, *Russell on Arbitration*, 23º edición, Editorial Sweet&Maxwell, Londres 2007, p. 508, marginal 8-124; N. Andrews/J. Landrecht, *Schiedsverfahren und Mediation in England*, editado conjuntamente por las editoriales C.H. Beck, Manz y Stämpfli, Berna 2015, p.175 (marginal 607).

do en la medida en que, entre otras cosas, permite al Derecho mercantil inglés contar con un cuerpo jurisprudencial en materias donde las controversias se ventilan frecuentemente mediante arbitraje[17].

IV. La conveniencia de introducir una revisión del laudo dentro del propio procedimiento arbitral o una «segunda instancia arbitral»

1. Consideraciones de oportunidad y breve panorama de Derecho comparado

A parte de la revisión del laudo por los órganos judiciales, cabe plantearse la posibilidad y conveniencia de que dicha revisión se llevase a cabo mediante otro árbitro o colegio de arbitral[18].

En este sentido, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en sus notas explicativas, señala que *nada impide que las partes recurran a un Tribunal arbitral de segunda instancia si han previsto, de común acuerdo, esa posibilidad (como es frecuente en el comercio de ciertos productos básicos*[19]. Concretamente en España, la instauración de una segunda instancia arbitral es una realidad en los reglamentos de procedimiento arbitral de varias instituciones de arbitraje y sobre las que posteriormente habrá ocasión de tratar.

---

17. Cfr. *Russell on Arbitration*…cit.p.506, marginal 8-120. Durante la tramitación legislativa de la *Arbitration Act 1996* se propuso inicialmente omitir la facultad de anulación del laudo por infracción de norma sustantiva, pero la propuesta no llegó a prosperar. Entre otros, se señalaban ciertos sectores o ámbitos donde se optaba frecuentemente por arbitrajes con opción de recurso sobre el fondo del laudo, tales como el del transporte marítimo, la construcción, el comercio de materias primas y la revisión de rentas. Cfr. *Arbitration Act 1996*, R. MERKIN/L. FLANNERY, 5ª edición, Editorial Informa Law from Routledge Oxon/New York 2014. Estos autores refieren, como ejemplo ilustrativo del carácter restrictivo con que se admite la impugnación por infracción del Derecho sustantivo inglés, el asunto *Sanghi Polyesters Ltd v The International Investor KCFC (Kuwait)* [2000 1 Lloyd's Rep 480 (HHJ Mackic QC)]. La cuestión más controvertida era determinar si el órgano judicial inglés había de acceder a revisar el fondo de un laudo arbitral basado en un convenio en el que las partes habían pactado que el contrato sobre el que versaba el arbitraje se regía por la ley inglesa salvo en aquellos aspectos en los que ésta pudiese contradecir la *Sharia* (la ley islámica), que había de prevalecer en todo caso. Es decir, para determinar si el contrato era o no válido era preciso conocer y aplicar derecho contractual islámico, de modo que el tribunal inglés consideró que la cuestión quedaba excluida de su competencia en aplicación de la referida Sección 69 de la *Arbitration Act* de 1996. Cfr. R. MERKIN/L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996*… cit. p.324

18. En los EEUU dicha posibilidad fue sugerida, por ejemplo, por Richard POSNER actuando como juez en el asunto *Chicago Typographical Union v. Chicago Sun-times* (935 F.2d 1501, US Court of Appeals, 7th Circuit, 1991) como único medio al alcance de las partes para hacer realidad su deseo de hacer impugnable el laudo respecto del fondo, una vez descartada la posibilidad de pactar la revisión ante los órganos judiciales.

19. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 de junio de 1985, 2ª parte, Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, punto B, 7º, a, (*Impugnación del laudo*). El texto puede consultarse en la siguiente dirección: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

Como ha señalado Pelayo Jiménez, la segunda instancia arbitral, sin embargo, apenas ha sido objeto de estudio por la doctrina española, por lo que sigue siendo una figura relativamente desconocida[20]. Su uso, continúa argumentando el autor, podría servir para hacer frente a las tres causas que principalmente desalientan a las partes a someterse a arbitraje e impiden un recurso más generalizado a dicho método de resolución extrajudicial de conflictos: el temor sobre la falta de garantías sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros; la sensación de inmunidad frente a acciones de responsabilidad y de impunidad de los árbitros; y la extraordinaria dificultad que existe para revocar un laudo arbitral a través de los motivos tasados[21]. A mi juicio esté último factor ocupa un lugar muy destacado entre las causas que ejercen un efecto más disuasorias del arbitraje.

Diferente de la segunda instancia arbitral, aunque persiguiendo una finalidad análoga, diversas instituciones españolas y de otros países establecen de modo preceptivo en sus reglamentos un control del laudo, previo a su firma y notificación a las partes. Dichas previsiones se esfuerzan en dejar bien claro que el carácter preceptivo se limita a la presentación del laudo antes de su firma a un colegio arbitral que, sin coartar la independencia o imparcialidad del árbitro o árbitros que dictaron el laudo, puede proponer modificaciones o realizar observaciones que aquellos pueden libremente atender o desoír, y sin que la asunción de dichas sugerencias desplace la responsabilidad individual del árbitro o árbitros a la institución arbitral[22]. En el plano internacional, este control previo de carácter preceptivo pero no vinculante constituye una de las señales de identidad de una institución de arbitraje tan conocida como la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC)[23], aunque no parece contar con más seguidores entre el resto de instituciones arbitrales de mayor relevancia.

Y por lo que a la segunda instancia arbitral específicamente se refiere, aunque, como se ha visto, esté contemplada en la Ley Modelo de la CNUDMI y no le falten mentores en diferentes países, no parece que haya suscitado grandes entusiasmos en la praxis arbitral. Salvo omisión o error, no he podido hallar

---

20. C. Pelayo jiménez, cfr. *La revisión ad intra de los laudos arbitrales*, Diario La Ley, Nº 8440, sección Tribuna, 12 de Diciembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-418, Editorial, p.1.

21. Cfr. *La revisión ad intra de los laudos arbitrales*…cit, pp.1 y 2.

22. Es el caso, por ejemplo, del art. 30 del Reglamento de procedimiento de la Corte Española de Arbitraje. En el mismo sentido, el art. 42 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid (en vigor desde el 1 de marzo de 2015).

23. Se trata, en concreto, del art. Artículo 33 de su reglamento dispone que *antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte*.

sino un par de reglamentos de instituciones de arbitraje de cierta importancia, ambas españolas, que la hayan incorporado en sus normas de procedimiento. Y lo que aún es más significativo, no he podido hallar rastros de la misma en los reglamentos de procedimiento de las instituciones de arbitraje más renombradas en el plano internacional[24]. En España, sin embargo, parece existir un clima especialmente propicio para el desarrollo e implantación de esta institución[25]. En concreto, según mis conocimientos, han incorporado la segunda instancia arbitral son la Corte Española de Arbitraje (art. 39 de su Reglamento de Procedimiento) y la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), en el art. 52 de su Reglamento.

2. La propuesta o proyecto de laudo como objeto propio de revisión o «segunda instancia» arbitral

Aunque hasta el momento, para simplificar la exposición y hacerla más llevadera, he empleado la expresión «segunda instancia arbitral», procede aclarar en este momento que, técnicamente hablando, no cabe hablar de dicha «segunda instancia» o incluso de la «revisión del laudo». En efecto, el laudo arbitral, en sentido estricto, una vez dictado, no es susceptible de impugnación arbitral alguna, sino que resulta definitivo y revestido de la autoridad de la cosa juzgada (art. 43 LA). Lo que constituye realmente el objeto propio de revisión no es el «laudo», sino una suerte de propuesta, proyecto o primera redacción del mismo realizado por el órgano arbitral designado por las partes o por la institución a la que se encomendó la administración del arbitraje. Si las partes no acuden al segundo órgano arbitral solicitando la revisión de dicha propuesta, proyecto o primera redacción, lo decidido por los árbitros se transformaría en el laudo propiamente dicho, respecto del cual cabría solicitar la ejecución y ejercitar la acción de anulación.

---

24. Reglamento CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, cuyas siglas en inglés son ICSID), dependiente del Banco Mundial, sí se prevé una revisión arbitral del laudo. Se trata, sin embargo, de una institución arbitral muy peculiar que administra arbitrajes de inversiones. Sobre las características, procedimiento y alcance de la revisión del laudo en el arbitraje administrado por el CIADI, véase E. Fernández masiá, *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

25. Según J.M. Viñals Camallonga, en la abogacía española parece suscitar interés la institución de una segunda instancia arbitral, como se desprendería de una encuesta entre los principales despachos nacionales e internacionales afincados en España y las Secretarías Generales de las principales empresas cotizadas, realizada por la Corte Española de Arbitraje durante el año 2010, que habría arrojado un resultado favorable a la instauración de una segunda instancia en el arbitraje: 70% a favor frente a un 30% que no veía necesaria su implantación. Entre estos últimos se encontraría B. Cremades Sanz Pastor, presidente fundador de la Corte Española de Arbitraje, a quien la apelación en segunda instancia no le ofrece garantías ni de mayor seguridad jurídica ni de mayor celeridad, y solo conseguiría, a su juicio, burocratizar un procedimiento que por su propia naturaleza está llamado a ser ágil. Cfr. *Comentarios a la segunda instancia en el procedimiento arbitral*, 2015. El trabajo está disponible para su consulta en la siguiente dirección electrónica: http://www.legaltoday.com/practicajuridica/civil/arbitraje/comentariosalasegundainstanciaenelprocedimientoarbitral

El procedimiento arbitral, en definitiva, quedaría integrado por una fase decisoria inicial y una eventual segunda fase de revisión. Sólo al final de esta última, si las partes solicitaron la revisión, o expirado el plazo para solicitar dicha revisión, estaríamos ante el laudo arbitral propiamente dicho. Si una parte acudiese a los órganos judiciales instando la ejecución o ejercitando la acción de anulación antes de dichos momentos, aquéllos habrían de inadmitir la demanda ejecutiva o la de anulación tras constatar, a instancia de parte o de oficio si resulta de las actuaciones, que no se ha presentado un verdadero laudo sino una propuesta o proyecto del mismo y que el procedimiento arbitral está aún pendiente. Que el procedimiento arbitral, en definitiva, no ha concluido.

Más allá de las opiniones, todas ellas respetables y frecuentemente bien fundadas, sosteniendo o rechazando la conveniencia y la utilidad de la así llamada segunda instancia arbitral[26], creo que se trata, en cualquier caso, de una opción que, cuando menos, puede resultar atractiva y beneficiosa en ciertos supuestos y satisfacer los intereses de muchos potenciales usuarios del arbitraje, cuyos perfiles, preferencias, mentalidad y razones por las que han escogido dicho método de resolver conflictos son frecuentemente bien heterogéneas.

V. La vulneración del orden público como motivo de anulación del laudo arbitral

1. Actualidad y vigencia del problema sobre la determinación del concepto de orden público como causa de anulación del laudo

Recientemente el arbitraje en España ha vivido un episodio de considerable agitación en la materia que nos ocupa a raíz de una serie de sentencias dictadas por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en las que, echando mano de la noción de orden público económico, el alto órgano judicial anuló algunos laudos arbitrales que versaban sobre ciertos productos financieros (los así llamados swaps o contratos de permuta financiera), dictados a favor de algunas entidades bancarias. Se trata, en concreto de las SSTSJ Madrid de 28 de enero de 2015 (ROJ 1286/2015), dos sentencias de 14 de abril de 2015 (ROJ 4052/2015 y 4054/2015), de 23 de octubre de 2015 (ROJ 12653/2015) y de 17 de noviembre de 2015 (ROJ 13471/2015).

El núcleo de la cuestión de fondo a resolver por las sentencias que nos ocupan, está referido, principalmente, a un par de cuestiones. Por una parte, a la califi-

26. Entre las opiniones adversas destaca la de Cremades, cfr. http://www.cremades.com/es/noticias/dudomuchoquelasegundainstanciadeapelacionreportebeneficiosalarbitraje/. Discrepando con el autor, véase Pelayo Jiménez. Cfr. *La revisión ad intra de los laudos arbitrales*, op.cit.p.7.

cación como «complejo» del instrumento financiero sobre el que versa la controversia, calificación que comportaría la obligación de proporcionar al cliente información sobre los riesgos que entraña la operación. Y, por otra parte, a la exigibilidad y cumplimiento del denominado «test de idoneidad» por parte de la entidad bancaria, en virtud del cual, dicha entidad debe analizar la situación financiera y objetivos del cliente minorista, con el objetivo de asesorarle (cuando la entidad actúe en funciones de asesoramiento y no de mera comercialización) sobre la idoneidad del instrumento financiero escogido para alcanzar los fines perseguidos (cfr. arts.78 y ss. LMV).

No se trata aquí de tomar partido sobre si era el TSJ o los árbitros quienes iban o no errados sobre la valoración jurídica de los puntos ahora referidos. Lo que aquí debemos preguntarnos es, más bien, si, suponiendo que el TSJ hubiese acertado al afirmar el carácter complejo del instrumento financiero y, por tanto, hubiese sido exigible la realización del test de idoneidad, la omisión de este último hubiese resultado tan grave que hubiese supuesto ir más allá de aquel límite de lo tolerable con que parece identificarse la noción de orden público. Por las razones que más tarde explicaré, soy de la opinión que los referidos laudos no debieron ser anulados con fundamento en el sedicente «orden público económico» invocado por el tribunal.

En cualquier caso, me parece conveniente advertir que la promoción del arbitraje en un determinado lugar o ante ciertas instituciones no justifica prescindir de una función que incumbe a los jueces por imperativo legal, cual es la de velar por que una decisión adoptada por los particulares que resulte lesiva del interés general continúe desplegando una fuerza vinculante de carácter jurídico-público, que eso supone —no lo olvidemos— la autoridad de cosa juzgada del laudo. Por no decir que existen también buenas razones para sostener que, lejos de desincentivar o ahuyentar el arbitraje, un adecuado y razonable control de la adecuación de los laudos al orden público puede estimular y generar confianza en el público hacia la institución del arbitraje[27].

2. La noción de orden público sostenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. La extensión del orden público más allá de la vulneración de los derechos fundamentales

Admitan o no la revisión del laudo por incorrecta aplicación de la legalidad sustantiva, probablemente todos los ordenamientos jurídicos del mundo occi-

27. En dicho sentido, por ejemplo, Ruiz de Villa, J. y Franquet, P., ¿Efecto mariposa?: nulidad de laudo sobre swap por vulneración del orden público, accesible en la siguiente dirección electrónica (última visita, 7 de junio de 2016): http://www.abogacia.es/2015/06/11/efectomariposanulidaddelaudosobreunswapporvulneraciondelordenpublico/

dental consienten su impugnación cuando se alega la vulneración del orden público.

La amplitud o extensión que la doctrina y la jurisprudencia españolas atribuyen al orden público como causa de nulidad del laudo es francamente reducida. Por expresarlo con palabras de dos conocidos tratadistas del arbitraje, Merino Merchán y Chillón Medina, «…aun admitiéndose el carácter vaporoso de la noción de orden público, sólo podría progresar el motivo en la medida en que ese orden público alegado fuese contrario a la Constitución vigente y a los derechos fundamentales que ésta reconoce en lo que al foro interno español se refiere; ya que, en otro caso, se llegaría a desnaturalizar la esencia misma del arbitraje (SAP de Madrid de 10 de Diciembre de 1991)»[28]. Opinión asimismo dominante con práctica unanimidad en la jurisprudencia, que se ha pronunciado en este sentido en innumerables sentencias dictadas por Audiencias Provinciales y, más recientemente, por Tribunales Superiores de Justicia, entre las que suele citarse, por su extensa motivación, la SAP Madrid de 12 de Abril de 2003 (ROJ 4701/2003).. Algunas resoluciones dictadas por las AAPP llegan incluso al extremo, al menos literal, de excluir toda revisión sobre el fondo y a afirmar que el laudo sólo puede ser recurrido por vicios *in procedendo*[29] o por la inobservancia de ciertas «garantías de la instancia arbitral», tales como el derecho de audiencia, el derecho a la prueba etc.[30]

Ha sido el TJUE quien ha impuesto a los ordenamientos europeos una notable ampliación de la noción de orden público en relación con el control sobre el fondo de los laudos, extendiéndola bastante más allá del respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas previstos en la Constitución española. Se trata de la STJUE de 1 de junio de 1999, asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. c/Benetton International NV*, en cuya parte dispositiva se establece que *un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 81 CE (ex artículo 85), si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público*. El artículo 81 CE al que se refiere el texto de la sentencia coincide con el actual art. 101 TFUE y en él se enumeran los tipos de acuerdos entre empresas considerados incompatibles con el mercado interior y lesivos de la libre competencia. Todo laudo

---

28. Cfr. J.F. Merino Merchán/J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, 4ª edición, Editorial Civitas, Madrid 2014, p. 766.

29. SAP de Bizkaia, de 18 de junio de 1998 (AC 1998, 6082). Citada por Barona Vilar, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)*, AAVV, Thompson/Civitas, Madrid 2004, Comentario al art. 41, p. 1424.

30. SAP de Madrid de 2003, de 10 de febrero de 2003 (JUR 2003, 202801). Citada por Barona Vilar, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje…op.cit.*, Comentario al art. 41, p. 1424.

que desconozca o ignore dichas prohibiciones contraría el orden público y se hace susceptible de impugnación. La jurisprudencia de las AAPP conoce incluso algún supuesto en el que se ha apreciado vulneración del orden público más allá de los confines de dicho precepto, concretamente, en lo relativo a la infracción de normativa comunitaria de apertura de la contratación pública[31].

Si la noción de orden público, tal como hacen algunos pronunciamientos jurisprudenciales, no se identifica únicamente con el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas sino, más ampliamente, con la adecuación a los principios o valores básicos contenidos en la Constitución (señaladamente los contenidos el preámbulo, el título preliminar, la sección 2º del capítulo II del Título I —*de los derechos y deberes de los ciudadanos*— y el Capítulo III del Título I —*de los principios rectores de la política social y económica*—), tampoco de este modo se logra un mayor grado de concreción ni apenas se alcanza una selección más rigurosa o exigente de las infracciones legales encuadrables en la noción de orden público. En efecto, es difícil concebir vulneración legal alguna que no sea susceptible de ser puesta en conexión, señaladamente, con el designio constitucional de *consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular* (Preámbulo de la CE); con la libertad, la justicia o la igualdad, como valores superiores del ordenamiento jurídico, consagrados en el art. 1.1 CE; con el principio de legalidad (art. 9.3 CE); o con el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). E incluso, en no pocos casos es posible que pretensiones susceptibles de arbitraje puedan presentar relación con derechos como el de propiedad (art. 33 CE), con la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), con el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45 CE), con la defensa de los consumidores (art. 51 CE) etc.

3. ¿Se extiende el control judicial sobre el orden público a la motivación del laudo o se restringe a su parte dispositiva o «resultado»?

Discrepando de lo sostenido por algunos autores[32], no comparto la opinión de que el examen judicial sobre la vulneración del orden público haya de proyectarse únicamente sobre el «resultado» del laudo, sobre lo dispuesto en el mismo, pero no debe extenderse a lo relativo a la motivación.

---

31. Se trata de la SAP Las Palmas, Sección 4º, de 23 de marzo de 2009 (ROJ 748/2009), en su FJ 6º.

32. Fernández Rozas, J.C., *Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales*. Diario La Ley, Número 8537, del martes, 12 de mayo de 2015.

En primer lugar, reducir la incidencia del orden público al «resultado» del laudo, me parece cuando menos confuso y, en cualquier caso, insatisfactorio. Confuso, porque el «resultado» de aquellas resoluciones arbitrales puede ser entendido de dos modos diferentes: por una parte, como el efecto jurídico declarado por el laudo contenido en su parte dispositiva. En el caso de las sentencias criticadas por el autor, la pura declaración de que una relación contractual (contrato de permuta financiera) es válida y la condena al pago de una suma. Y, por otra parte, «resultado» podría también entenderse como el hecho de haberse conculcado una norma imperativa que disciplina el régimen de la permuta financiera. Ambos son «resultados», resultancias o consecuencias del laudo. La pura declaración de validez y condena al pago no conculca en sí misma las bases o fundamentos del ordenamiento jurídico con el que se identifica el orden público. La infracción de las directrices legales imperativas que el legislador ha establecido para regir dicho tipo de contratos y que sirve de fundamento a dichas declaración y condena, sin embargo, tal vez sí podría minar dichos fundamentos o bases.

Como decía, el control judicial exclusivamente centrado en el «resultado» resulta también, a mi juicio, insatisfactorio. Por ilustrarlo con un ejemplo ciertamente extremo pero por ello fácilmente comprensible, si se entiende que el «resultado» del laudo, en el que debe centrarse el examen judicial relativo al orden público, es la pura declaración del efecto jurídico decretado por los árbitros, no habría manera de decretar nulo por lesivo del orden público un laudo que ordenase un pago pactado para remunerar ciertas transacciones relativas al tráfico ilegal de armas o al narcotráfico, conclusión que me parece muy poco satisfactoria. La mera obligación de pagar una cantidad no es en sí misma lesiva del orden público. Sin embargo, el fundamento de dicha obligación sería nada menos que la infracción de normas imperativas que protegen sensibles intereses públicos.

4. La necesidad de trascender la interpretación centrada en la vulneración de derechos fundamentales y la aplicación del concepto de «leyes de policía» como pauta hermenéutica orientativa para precisar el concepto de orden público

A mi juicio, la noción de orden público debe ser concebida en términos diferentes de los establecidos habitualmente por la jurisprudencia y no ser referida tan sólo al ámbito de los derechos fundamentales como, más en general, a la vulneración de ciertas previsiones normativas de carácter imperativo que produzcan un resultado gravemente lesivo respecto del interés general, más allá del interés individual de las partes. En efecto, me parece sumamente insatisfactorio concluir que haya de resultar inatacable un efecto jurídico declarado por los

árbitros contrariando abiertamente el designio de un legislador democrático cuando ha dispuesto que la actuación de los particulares deba sujetarse a ciertos imperativos destinados a promover el bien común, por ejemplo, en materia de ordenación económica, respecto de sectores clave, tales como el energético, el del medioambiente, el de la vivienda o el de la salud etc. Concluyendo el convenio arbitral, las partes renuncian al control judicial sobre el modo en que los árbitros aplicaron el Derecho para resolver la controversia, pero su voluntad no puede llegar tan lejos como para tornar inmodificable una decisión gravemente lesiva del interés general. No hay que olvidar que la decisión de los árbitros, el laudo, goza de una eficacia de carácter jurídico-público que va más allá de la eficacia jurídica de corte obligacional que los particulares pueden generar mediante el acuerdo de sus voluntades. En consecuencia, parece razonable que esta atribución de eficacia jurídico-pública (la cosa juzgada vincula a los órganos judiciales y a todas las autoridades públicas) deba claudicar para preservar o hacer prevalecer el interés general.

Como decía, el carácter lesivo de la infracción de la norma imperativa habría de serlo precisamente en relación con el interés general o público, lo que excluye los casos en que lo dispuesto en el laudo resulte perjudicial exclusivamente en relación con el patrimonio o los derechos de quien impugna. En efecto, si cabe renunciar a derechos de carácter disponible, cabe también renunciar a su protección jurisdiccional. Por el contrario, cuando está en juego un interés que va más allá de la estricta esfera jurídica personal de los litigantes y que afecta al interés general, no cabe invocar válidamente la voluntad de las partes de alejarse de la jurisdicción. Ejemplos de resultados lesivos contra un interés público o general que trascienden el perjuicio personal de un litigante, podrían hallarse, por ejemplo, en el laudo que contraviene normas relativas al establecimiento de cánones y tarifas entre operadores del sector gasístico, en cuanto dichas normas se dirigen a evitar el excesivo encarecimiento de un bien de primera necesidad; laudo que impone obligaciones contrarias a las normas sobre control de cambios o reguladoras de la exportación; normas dirigidas a evitar la especulación o un enriquecimiento ilícito en la transmisión de viviendas de carácter oficial; cualquier laudo que imponga obligaciones que constituyan delito etc.

Es este el sentido que tiene la noción de «leyes de policía» contenida en el art. 9 del Reglamento (CE) nº 593/2008, de 17 de junio de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que está completamente en línea con la distinción que acabo de referir y que puede suministrar una pauta útil para delimitar el concepto de orden público como causa de anulación del laudo. Aunque se trate de una norma de Derecho internacional relativa a la elección de la ley aplicable en materia de obligaciones contractuales, y más en concreto, a los límites a la autonomía de la voluntad en dicho ámbito, creo que hay buenas razones para trasladar su

ratio al ámbito de la anulación de laudos arbitrales, tanto internos como internacionales. En concreto, el referido art. 9.1 del Reglamento Roma I dispone que *una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*. Y, tratando de aclarar el significado de dicha regla, el Considerando 37º de la exposición de motivos de la norma señala que *consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. El concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva*.

No todas las normas imperativas de un ordenamiento jurídico persiguen salvaguardar tan fundamentales principios de ordenación, sino que existen también otras normas de carácter imperativo encaminadas de manera primordial a la defensa o protección de los particulares. En la doctrina española, se habla, en relación al referido art. 9.1 Reglamento Roma I, de «normas simplemente imperativas» y «normas materiales imperativas», tratándose en el caso de estas segundas, en expresión de algunos autores, de normas de imperatividad reforzada, de orden público internacional o imperativamente aplicables al tráfico jurídico externo[33]. Más en concreto, sería preciso distinguir entre «normas ordopolíticas o de dirección, que tiene por finalidad proteger las políticas económicas y el mercado de un determinado Estado (normas sobre control de cambios, libre competencia, seguridad y salud pública, etc.) y normas de protección, que atenderían más directamente a garantizar el equilibrio contractual del contrato y, en este sentido, estarían fundadas en un interés más privado (normas sobre condiciones generales de la contratación, protección del consumidor, trabajador asegurado, etc.»[34]. Se trata, con todo, de una la distinción no está exenta de considerables dificultades e incertidumbres[35].

---

33. Cfr. J.C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª edición, Civitas/Thomson, Madrid 2016, p.597. La referencia contenida en el art. 8.1 CC a las leyes de policía, aunque no de un modo tan explícito, parece contener asimismo una significación parecida (*las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en el territorio español*). Al respecto, los autores ahora referidos señalan que «las leyes de policía responden a la necesidad de un tratamiento uniforme tanto en las situaciones internas como internacionales conectadas con el territorio del foro. La imperatividad de estas normas se sustenta en la satisfacción de intereses colectivos que explican el carácter de Derecho público de las disposiciones calificadas como tales: Derecho penal, Derecho procesal, Derecho económico etc.». Op.cit.p.144.

34. Op.cit.p.597.

35. Op.cit.p.597.

En los casos más arriba comentados, relativos a ciertos instrumentos financieros (swap), por ejemplo, estaría ausente la producción de un resultado lesivo, por así decirlo, *supra partes*, es decir, que trascienda el perjuicio patrimonial de quien concluyó aquel negocio jurídico. Las normas de protección al cliente minorista podrían merecer el calificativo de imperativas, pero quedarían fuera del concepto de leyes de policía, según el referido precepto del art. 9.1 del Reglamento Roma I (normas «ordopolíticas», de dirección, materiales imperativas etc.). Y tampoco estamos ante normas de protección a los consumidores, a las que, según expondré más adelante, debe otorgarse un tratamiento especial.

Pese a todo lo dicho en las líneas anteriores, conviene precisar que la exclusión del orden público de los aspectos relacionados con la protección de los intereses o derechos de los particulares, no calificables de públicos o generales en el sentido recogido por las leyes de policía, tiene ciertos límites. Concretamente, reflexionando sobre la cuestión, me ha parecido localizar como mínimo dos ámbitos en los que parece ineludible permitir —incluso de oficio— la apreciación del orden público como motivo de anulación del laudo más allá de los supuestos de lesión de una ley calificable como de policía.

Me estoy refiriendo, por una parte, a lo relativo a la protección de los consumidores. En efecto, si la vulneración del orden público a efectos de impugnación del laudo se contrajese de modo estricto a aquellas cuestiones donde estén comprometidas las directrices fundamentales del orden social, político, económico y moral, dejando fuera del mismo lo relativo a la protección individual de las personas, al equilibrio contractual de las partes etc. se estaría suprimiendo la revisión judicial del laudo respecto de todo el sector del ordenamiento destinado a proteger a los consumidores, materia especialmente sensible en la actualidad y que focaliza gran parte de la atención de los legisladores nacionales, el de la UE y de la labor del TJUE, y donde, por cierto, cada vez se otorgan a los tribunales mayores y más enérgicos poderes o facultades para actuar de oficio. Hasta tal punto es intensa la protección dispensada tanto por el legislador comunitario como por el español a los consumidores frente a las cláusulas abusivas, que en la última reforma de la LEC, operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, se ha ordenado a los jueces (y por cierto con muy lamentable técnica legislativa[36]) que en el trance de despachar ejecución aprecien de oficio la existencia de posibles cláusulas abusivas en los laudos dictados en arbitrajes pactados entre empresas y consumidores. Si para decretar el despacho de la ejecución de un laudo arbitral el Juez ha de comprobar de oficio que no se

36. Sobre esta cuestión, véase HINOJOSA SEGOVIA, R., *La ejecución forzosa del laudo*, en *Derecho, Justicia y Universidad, Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, AAVV (coordinado por I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2016, Tomo II, pp. 1766 y ss.

pactaron cláusulas abusivas, no parece muy lógico negar la anulación de un laudo arbitral por infracción del orden público si una parte alega o el tribunal aprecia de oficio que lo resuelto en el laudo se basa en la aplicación de cláusulas abusivas.

El otro ámbito relativo a la afectación de derechos o intereses de los particulares en el que también opino que habría ser posible la apreciación de la infracción del orden público en el laudo es aquel en el laudo se fundamente o produzca vulneración de un derecho de la personalidad (*Persönlichkeitsrecht*), como, señaladamente, el derecho moral de autor o el derecho al nombre. Parece claro que en estos casos la afectación de una esfera especialmente sensible de la personalidad humana debe conducir a dicha conclusión.

4. | Necesitamos un proceso mejor, no menor

José Bonet Navarro
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: I. La tendencia general a reducir la jurisdicción. II. La Tendencia a reducir la jurisdicción concretamente a través de las llamadas vías alternativas. III. Algunas reflexiones conclusivas.

Pocas cosas duran eternamente. Y si esto ocurre en general, todavía más respecto de ciertas ideas en tiempos de sobreinformación en internet y en redes sociales, donde vence el eslogan e impera la falta de tiempo para profundizar bajo el titular, la irreflexión más allá de discernir entre lo que forma parte o no del sector propio, y, en definitiva, triunfa la cantidad sobre la calidad y lo efímero.

Este contexto superficial, de cáscara y *low cost* ideológico, no es fruto solamente de la casualidad, pues, sin tener que recurrir a ideas conspirativas, ocasionalmente pueden identificarse intereses solapados de lo más variado. Lo bien cierto es que con todo esto se favorece el contagio de ciertas ideas hasta el punto de infectar lo políticamente correcto y de apuntalar un edificio de naipes incapaz de resistir el más leve sismo crítico.

Entre estas ideas se encuentra, en mi opinión, la de la irremediable necesidad de reducir el ámbito de la jurisdicción, acudiendo a diversos lugares comunes, como que resultan convenientes las llamadas vías alternativas para la solución de los conflictos.

I. La tendencia general a reducir la jurisdicción

La jurisdicción sufre en la actualidad embates mediante una especie de dicotomía entrelazada por lo público y lo privado. Desde casi siempre se genera por

una particular valoración de lo colectivo que, enmarcado en corrientes de pensamiento que propugnan la preponderancia de lo público en los medios de producción y distribución de los bienes, tienden a potenciar el ejecutivo frente a los otros poderes. Así, si el ejecutivo debe prevalecer, ha de serlo a costa de entrar también en ámbitos de la jurisdicción. E igualmente se produce por decisiones que, al focalizar su atención en el ámbito privado del individuo, tienden a limitar la intervención del Estado y de los poderes públicos, entre otros ámbitos el de la jurisdicción, algo así como que sea el individuo el que resuelva los conflictos privados sin que intervenga el Estado para ello. De ese modo, el necesario reconocimiento de la libertad del individuo subyace en la omnipresente tendencia a reducir «volumen» de asuntos judiciales a través del fomento de las llamadas «vías alternativas» a la jurisdicción. Y esto se pretende con tanta intensidad que ha permitido pretender justificar una poco disimulada pasividad a la hora de introducir medidas de mejora de la administración de justicia, y hasta incluso puede conducir a introducir ciertos obstáculos para el acceso a la jurisdicción, como intentar imponer una mediación preceptiva[1]; o la más reciente imposición de tasas judiciales que, por el camino de hacer artificialmente inconveniente la jurisdicción, consciente o inconscientemente facilitaron la opción por sus alternativas.

II. La Tendencia a reducir la jurisdicción concretamente a través de las llamadas vías alternativas

Como he señalado, la jurisdicción es asediada desde diversos frentes, desde las invasiones del ejecutivo o el apoderamiento a funcionarios y a otros profesionales cualificados para funciones netamente jurisdiccionales, al fomento artificial de vías alternativas de carácter privado. Dado el objeto de la segunda sesión del memorial Manuel Serra Domínguez, «Jornadas internacionales de Derecho Procesal, el enjuiciamiento civil y penal hoy», sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos, y si ¿es necesario menos proceso?, me centraré ahora en este segundo aspecto.

---

1. El artículo 7 del Proyecto de Ley de Mediación pretendió introducir un apartado 4 del artículo 437 LEC que abría las puertas a la mediación obligatoria como requisito previo a la vía judicial en determinados casos. Sobre la misma, véase, ORTIZ-PRADILLO, J. C., «Mediación y proceso civil: luces y sombras de la proyectada reforma procesal», en *Documentos de trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales,* UCLM, pp. 9-12. Y sobre algunas experiencias concretas de implantación de la obligatoriedad en otros ordenamientos puede verse ÁLVAREZ, G. S., «Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas. El modelo de la «mediación prejudicial obligatoria, anexa o conectada con tribunales civiles o comerciales en argentina», en *Arbitraje y mediación en las Américas*, (coor.: VARGAS y GORJÓN), Santiago de Chile, 2006, pp. 29-65; PÉREZ SALCEDA, J. B., «La situación actual de la mediación en México», en *Arbitraje y mediación en las Américas*, (coor.: VARGAS y GORJÓN), Santiago de Chile, 2006, págs. 317-330.

En mi opinión, resulta extremadamente significativo que uno de los puntos estrella precisamente para quienes gobiernan el Poder Judicial sea el de las alternativas a la jurisdicción, primero el arbitraje y actualmente la mediación en su sustitución. En este sentido, me parece «curioso» que la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a la hora de solicitar la suspensión del procedimiento a instancia de ambas partes para someterse a vía alternativa, modifique los artículos 415 y 443.1.III LEC solamente para sustituir la referencia al arbitraje por la mediación.

La sorpresa que podría generar esta posición por quienes son los máximos representantes de quienes tienen constitucionalmente atribuida la jurisdicción se disipa cuando se observa que resulta útil para justificar la comparativamente escasa inversión en la jurisdicción. Y esto al margen de que en sus discursos suelen destacarse otros aspectos, como la conveniencia de la cultura de la paz para una resolución del conflicto amistosa, más rápida, eficaz y satisfactoria que la ofrecida por una casi apocalíptica jurisdicción.

Simultáneamente un buen número de autores se han situado decididamente en la posición de defender las vías alternativas a la jurisdicción, aportando discursos, salvo dignas excepciones, marcadamente acríticos a favor de sus posiciones.

El discurso que mantienen, generalmente bien construido y argumentalmente fundado, no está exento, sin embargo, de cierto pesimismo, omisión de contraste empírico, así como de un claro abandono y renuncia al papel del Estado en la resolución de conflictos privados.

Es más, y esto es hora de que vaya señalándose, en ocasiones pueden vislumbrarse otros intereses menos obvios[2]. Lo bien cierto es que se «apuesta» decididamente por la mediación. Un buen ejemplo de esto lo podemos encontrar entre los discursos de apertura de los años judiciales. Entre otras, pueden escucharse en los mismos desde escuetas alusiones, como ocurrió en el discurso de apertura del año judicial en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2015-2016, a una «*más y mejor mediación*»; a inquebrantables adhesiones en el discurso del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que reconoció haber «*hecho una apuesta decidida y militante por incentivar la mediación intrajudicial y extrajudicial*», básicamente porque —según afirma— si bien el conflicto no es una patología, sí lo es «*la judicialización masiva de toda la conflictividad*», pues —sigue— «*no hay sistema judicial que*

2. Algunas consideraciones sobre estas cuestiones pueden verse en Bonet Navarro, J., «El abogado ante el procedimiento de mediación. De espejismos ilusionantes a expectativas ponderadas», en *Revista Jurídica de la Región de Murcia,* núm. 47, 2013, pp. 13-53.

pueda dar respuesta a todas las disputas y desavenencias sociales si no encontramos otros métodos alternos, complementarios o anteriores a la intervención de la Administración de Justicia, que debería ser residual o de última ratio».

Es más, el mismo Consejo General del Poder Judicial se presenta como abanderado de esta especie de intersección jurisdiccional que desvíe el máximo número de asuntos a vías privadas. Entre otras cosas, aprobó por unanimidad un informe, el 28 de junio de 2012, por el que apoya decididamente fomentar y redoblar los esfuerzos por implantar en España una cultura de resolución de conflictos fundada sobre tres pilares básicos: la mediación, el arbitraje y la conciliación. Incluso llega a afirmarse en el mismo informe que «*debe ser fomentado desde las instancias públicas, creando condiciones legislativas adecuadas*».

En fin, puede comprobarse cómo, en los últimos tiempos, viene pergeñándose desde diversos sectores, sea el gobierno del poder judicial o sean algunos autores[3], una tendencia claramente favorable a la llamada «cultura» basada en la solución derivada de la voluntad de las partes frente a la justicia considerada «formal», hasta el punto que se ha convertido en un tópico de lo «políticamente correcto».

No obstante, conviene recordar, de entrada, que alguna de estas alternativas, como la conciliación obligatoria, había sido ya desterrada del proceso civil español precisamente por su escasa eficacia práctica. Opinión que, salvo muy contadas excepciones[4], era mayoritariamente reconocida[5]. Y en todo caso, el penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puso de manifies-

---

3. Entre muchos otros, puede ser representativo Dorado Picón, A., «El arbitraje y la mediación en España», en *Revista Jurídica de Castilla y León,* núm. 29, 2013, pp. 1-8, cuando defiende la mediación como «*instrumento de diálogo de la pacificación*», porque —en su opinión— resulta positiva tanto para las partes, al ser solución más ágil y rápida del conflicto, como también para el sistema judicial porque reduce la carga de trabajo.

4. Montero Aroca, J., «La conciliación preventiva en el proceso civil. (Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento)», en *Revista Jurídica de Catalunya,* núm. 4, 1971, pp. 875-95, defiende con algunas estadísticas, de los años 1953 a 1967 su eficacia. También Alvarado Velloso, A., «La conciliación», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje,* enero 1989, pp. 10-1.

5. Así, por ejemplo, afirman Gimeno Sendra, V., y Morenilla Allard, P., *Derecho Procesal Civil,* Colex, Madrid, 2ª ed., 2007, pp. 287-8, que el acto previo se revelaba como «superfluo y dilatorio», aunque pueda tener algunas ventajas. También, Montes Reyes, A., «Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* núm. 10, 1986, p. 263. En el mismo sentido, Avilés Navarro, M., «La conciliación civil preprocesal», original, p. 29, significa que «*se ha convertido en un mero trámite al que se ha prestado poca o nula atención*». Asimismo, dice gráficamente López Ortega, F. J., «Jueces de Paz. Competencia», en Ponencia Jornada Jueces de Paz, (en web CGPJ), que «*de todos es conocida la escasa eficacia de estos actos de conciliación en orden a evitar un futuro litigio*»; y Bonet Navarro, A., «La ejecución de lo conciliado fuera del proceso civil», en *Revista General de Derecho Procesal, núm. 24, 2011, p. 5, reconoce que «se estableció como facultativo, ante el elevado índice de fracasos o pérdidas de oportunidad de resolver en ese momento previo los conflictos*».

to con la suficiente claridad que el acto de conciliación «*como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios*».

Lo bien cierto es que la entusiasta defensa de estas vías alternativas que realizan los fieles partidarios de la misma no siempre viene acompañada del análisis aséptico y del contraste empírico de sus bondades, sino más bien destaca por una retórica con escasa constatación de sus verdaderos resultados, al menos hasta la fecha. Suele partirse de la conveniencia de las vías alternativas como idea preconcebida y presupuesto indubitado, explicando sus ventajas en el coste, la rapidez procedimental, la participación y el control de las partes en el resultado y sin riesgos a una decisión de todo o nada, o en la incapacidad de la jurisdicción para resolver eficazmente determinados asuntos o materias, por su lentitud, onerosidad y consecuente desconfianza en el usuario, en una visión de la jurisdicción prácticamente dantesca que hace inevitable acudir a sus alternativas. Pero todo este discurso dialéctico se ancla en argumentos que, como algunas «prendas», son reversibles, porque pueden confeccionarse igualmente, con similar fundamento y lógica, pero esta vez para llegar a conclusiones diametralmente opuestas.

Así ocurre, por ejemplo, con un uno de los principales argumentos a favor de las vías alternativas, esto, es, el pretendido carácter económico de la mediación. Sin contar los gastos específicos (como la remuneración adicional o complementaria al mediador, y hasta incluso la derivada de la protocolización del acuerdo), resultará escasamente rentable para quien decide sacrificar una posible solución totalmente favorable a su pretensión en aras de una solución autocompositiva que implique concesiones. Si bien se mira, desde un punto de vista económico, solo resultará interesante cuando haya acuerdo y logre un acuerdo aquel que en la jurisdicción no lo obtendría. En definitiva, el verdadero favorecido por la mediación es aquel que, en realidad, no merece el derecho. Asimismo, creo que conviene poner de manifiesto que el proceso no tiene por qué representar una especie de guerra fraticida pues solo se trata de un medio por el que un poder del estado resuelve dudas, discrepancias y, en definitiva, da solución a conflictos entre las personas. Un cambio cultural en ese sentido también sería deseable. Desde luego, el efecto reductor de volumen de trabajo es algo que no ha operado al menos hasta el momento. Más bien al contrario los asuntos judiciales no han hecho más que aumentar por mucha potenciación de vías alternativas que se hayan intentado como el arbitraje y antes la conciliación. Y, por lo que se refiere a la libertad individual, el proceso no es ajeno a la misma, de ahí que sea lugar común afirmar que rige en el mismo el proceso dispositivo, de modo que, entre otras cosas, es posible terminar el proceso por voluntad de las partes, mediante los llamados «modos anormales de terminación» como, entre otros, el allanamiento, el desistimiento, la renuncia o la transacción. Y además, si partimos de la aceptación del ordena-

miento jurídico, al margen de que podamos no compartirlo en todo o en parte, y si aceptamos que el mismo ha de regir en cualquier caso, el mecanismo para hacer efectivo este marco de convivencia social puede ser una opción tan voluntaria y libre como cualquier de sus alternativas. Y, por último, en cuanto a la reducción del volumen de trabajo en los órganos jurisdiccionales, desde luego no existe contraste empírico alguno. Como adelantaba, más bien al contrario los asuntos judiciales no han hecho más que aumentar por mucha potenciación de vías alternativas que se hayan intentado como el arbitraje y antes la conciliación. Por lo demás, no veo en lugar alguno qué maldad intrínseca hay en que las personas acudan a los órganos jurisdiccionales para resolver sus problemas, superando sus miedos o limitaciones. Comparto en ese sentido con GUTIÉRREZ SANZ[6], cuando afirma: «*que haya más o menos procesos judiciales no es ni bueno ni malo si lo analizamos de forma aislada. El hecho de que el ciudadano medio tenga fácil acceso a los órganos jurisdiccionales es un logro, y la ausencia de procesos no está necesariamente en consonancia con una sociedad menos conflictiva… que haya pleitos no es mejor ni peor que los haya. A veces la inexistencia de conflictos no supone paz, no supone ausencia de enfrentamientos, supone miedo, o la imposibilidad o la dificultad de plantear la queja*».

De otro lado, convendría recordar que las vías alternativas suponen en principio un esfuerzo económico, especialmente gravoso cuando no hay acuerdo (y si lo hay, ya sabemos que le interesará a quien tenga la pretensión podríamos decir más endeble). En cualquier caso, es patente que los esfuerzos económicos adicionales suelen conducir en la práctica a la escasa utilización de la institución gravada. No en vano el legislador reconoce expresamente el efecto de lastre en la fianza que se exigía para la ejecución provisional. Recordemos como el párrafo 6 del punto XVI de la Exposición de Motivos de la LEC reconoce que la caución al solicitante operaba «*a costa de cerrar en exceso la ejecución provisional, dejándola sólo en manos de quienes dispusieran de recursos económicos líquidos. Y a costa de otros diversos y no pequeños riesgos: el riesgo de la demora del acreedor en ver satisfecho su crédito y el riesgo de que el deudor condenado dispusiera del tiempo de la segunda instancia y de un eventual recurso extraordinario para prepararse a eludir su responsabilidad*». Igualmente, sucede lo mismo con la fianza necesaria para la adopción de medidas cautelares cuando se elimina en los casos en que se pretende potenciarla (artículos 821.2.2ª LEC y 21.5.II Ley de Propiedad Horizontal). Y similares efectos de lastre corresponden al depósito previo para recurrir. Repárese igualmente que, en el párrafo 12 del punto XIV de la Exposición de Motivos de la LEC se admite que «*además de representar un factor de encarecimiento de la Justicia, de desigual incidencia sobre los justiciables, plantea, entre otros, el problema*

6. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, núm. 7871, de 1 de junio de 2012, p. 1.

de su posible transformación en obstáculo del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conforme al principio de igualdad». Y, en fin, también la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, además de constatar una clara reducción de la actividad procesal[7], mereció un pronunciamiento de inconstitucionalidad precisamente por su «efecto disuasorio» desproporcionado, y porque, según palabras de la STC 140/2016, de 21 de julio, lo elevado de la cuantía de la tasa «*acarrea, en concreto, un impedimento injustificado para el acceso a la Justicia en sus distintos niveles*».

Con todo, puede decirse con cierto fundamento que los argumentos aportados a favor de la potenciación de las vías alternativas a la jurisdicción, con particular énfasis los centrados en los aspectos económicos, resultan, cuanto menos, discutibles y relativos.

III. Algunas reflexiones conclusivas

Difícilmente puede estarse en contra de la libertad, ¿quién puede oponerse fundadamente a la capacidad para pensar y obrar según la propia voluntad de las personas? Que yo sepa, nadie se opone a que las personas puedan optar por vías alternativas a la jurisdicción —relativamente privadas— para la solución de sus conflictos. El problema se plantea cuando en cierto modo se pierde la perspectiva sobre el carácter de fundamental que corresponde al derecho a la tutela judicial efectiva, en su aspecto de acceso a la jurisdicción. Ciertamente se trata de un derecho de configuración legal y que puede condicionarse al cumplimiento de ciertos requisitos. Pero el derecho de acceso ahí está, con todo. Lo bien cierto es que esta cierta pérdida de perspectiva abona en cierto modo y de forma más o menos tímida la tendencia a imponer las llamadas vías alternativas a la jurisdicción, con el pretexto o la excusa de la necesaria reducción de asuntos en la jurisdicción precisamente para poder mantener un nivel suficiente de calidad.

Tanto la tutela judicial como la libertad son derechos fundamentales, y ambos deben ser respetados. Pueden hacerse campañas informativas y mostrar algunas de las ventajas que puedan tener estas alternativas —aunque también con ciertos inconvenientes—, puede favorecerse, si se quiere, la posibilidad de ejercicio de la libertad a la hora de dar solución a los problemas privados. Si los conflictos se generan en ámbitos privados y estos forman parte del poder dispositivo de las partes, sin duda las partes han de tener en principio la posibili-

---

7. En el Boletín de Información Estadística núm. 34, de junio 2013, del CGPJ, en la «*primera valoración del impacto de la modificación de las tasas en la entrada de los órganos judiciales en base a la Estadística Judicial*», pudo constatarse una reducción de asuntos hasta su exención a las personas físicas. Véase Herrero Perezagua, J. F., *Lo jurisdiccional en entredicho,* Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 102-17.

dad de resolver los conflictos por sus propios medios, «autocompositivos» o incluso «heterocompositivos», sea mediante la transacción, la conciliación, la mediación o el arbitraje. Sin embargo, la pretendida potenciación de las vías alternativas puede extralimitarse y, por ese camino, intentando potenciar la libertad, se produce precisamente el efecto contrario y contradictorio de imponer una aparente libertad por la fuerza.

La inversión en administración de justicia no parece que sea ilimitada. De hecho, ha sido tradicional la menor inversión en justicia que en otros ámbitos. Puede comprenderse, desde ese punto de vista, que los poderes públicos prefieran, incluso que pretendan potenciar las vías alternativas a la jurisdicción para intentar mantener un nivel suficiente de calidad en la administración de justicia. Esto, sin embargo, es discutible, puesto que los presupuestos estatales dependen también de la discrecionalidad política, que no puede desatender los servicios básicos como los derivados de la administración de justicia.

Lo que resulta, en mi opinión, a todas luces inaceptable es que se pretenda potenciar las llamadas vías alternativas a la jurisdicción por la vía de reducir necesarias inversiones en justicia, hasta el punto que la haga inconveniente y, desde luego, que se pretenda esta potenciación por la vía de poner obstáculos podríamos decir artificiales a la jurisdicción, como pueden ser los que derivan de la imposición de tasas e impuestos por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en importes que impidan de hecho el acceso a la jurisdicción.

Las partes han de poder ejercer su libertad de resolver los conflictos privados de forma, valga la redundancia, libre. Y la libertad no se potencia gravando unas alternativas ni haciéndola más inconveniente por acción o por omisión, haciendo dejación del deber del poder público para que pueda ejercerse el derecho a la tutela judicial efectiva que, como es sabido, es un derecho de las personas y un deber de los poderes públicos. Ni siquiera me parece oportuno intentar potenciar las llamadas vías alternativas omitiendo una parte de la realidad, presentándolas como una especie de panacea ante una jurisdicción casi apocalíptica. La libertad es así, exige, en primer lugar, información, obviamente veraz y completa. A partir de ahí, partiendo de los pros y contras, establecer las condiciones para que las partes puedan ejercer su libertad de optar por la vía de solución que puedan entender más adecuada, siempre garantizado la posibilidad de ejercicio regular del derecho a la tutela judicial efectiva.

Precisamente la calidad del mismo permitirá realmente ejercer la libertad. Si el proceso funciona con un nivel razonable de certeza en unos tiempos escasamente dilatados, podrá optarse por sus alternativas no por los inconvenientes de la jurisdicción sino por las virtudes de sus alternativas. Puede afirmarse, en suma, que necesitamos un proceso mejor, no menor, necesariamente.

5. | Decálogo para la obtención de una Administración de Justicia con menos proceso judicial y más medios complementarios de resolución extrajudicial de litigios

Fernando Martín Diz
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

PALABRAS CLAVE: Proceso civil, Resolución extrajudicial de litigios, Arbitraje, Mediación

KEY WORDS: Procedural Law, Alternative Dispute Resolution, Legal Arbitration, Mediation

Reflexión inicial e introductoria

En un momento como el actual, en que se percibe una demanda social de justicia rápida y efectiva ligada a una cierta disminución del peso de la jurisdicción y el proceso[1], con inversiones congeladas, cuando no reducidas a la mínima expresión, en la Administración para la mejora de los medios materiales y personales, en el horizonte de la solución de litigios apenas aparecen otros caminos que los de la derivación de los litigios a soluciones extrajurisdiccionales. Quizá estas, junto a otras razones de diferente calado y dimensión, sean algunas de las respuestas a la compleja cuestión de si es necesario menos proceso. E insistimos, no es que la respuesta venga sustentada únicamente en que es necesario menos proceso, porque ya de partida no se cuentan con los medios estructurales requeridos para dar una adecuada satisfacción, básicamente en términos temporales y de eficiencia, al legítimo derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Recurrente es la alusión a la saturación

1. SERRA DOMINÍGUEZ, M., *Jurisdicción, acción y proceso*, Editorial Atelier, 2008.

del sistema judicial, a los miles de expedientes retrasados y atascados en unos juzgados sobrepasados en la atención a los mismos, pese al esfuerzo del personal jurisdicente y auxiliar de la Administración de Justicia. La precariedad es un obstáculo cada vez más insalvable a la prestación de una justicia pública de calidad y que garantice un derecho efectivo a justicia para el ciudadano.

Incluso las frías estadísticas a nivel mundial confirman idéntica situación también en el plano de la oferta legislativa, y con ello de las posibilidades normativas y su eficiencia para la resolución de litigios. Según el Informe Anual[2] del World Economic Forum de 2016, España ocupa la posición 73, de 137 países, en eficiencia del marco legal en la resolución de conflictos, teniendo presente que a nivel global nuestro país ocupa la posición número 34 del citado ranking.

El escenario, por tanto, no parece ser el idóneo cuando toca encarar la resolución de un litigio ante los órganos jurisdiccionales, de ahí que, con brío, tanto a nivel legal —con iniciativas que fomentan el arbitraje y la mediación— como en el plano institucional y práctico, comienzan a abrirse paso medios complementarios al proceso judicial para la resolución legal de litigios, dejando ya de ser una presunta moda pasajera para consolidarse como una tendencia pujante. Ciertamente aún se mantiene, tanto en los prácticos del Derecho como en la ciudadanía, una querencia muy apegada a la preponderancia del proceso judicial como casi única forma de solución del litigio[3]. Nos cuestionamos si ello se debe tanto a una cierta exclusión por parte de los profesionales como a un desconocimiento de las opciones por parte de la ciudadanía, cuando verdaderamente hay alternativas (arbitraje, mediación, conciliación, negociación[4]…), y cuando, si analizamos la cuestión desde el fondo de la controversia, muchos de los asuntos que llegan a los juzgados carecen de verdadera enjundia jurídico legal, ciñéndose las más de las veces a situaciones meramente personales que no presentan un contenido jurídico relevante que requiera de la interpretación y aplicación de la ley por el juez o el tribunal[5].

---

2. Puede consultarse en: http://reports.weforum.org/pdf/gci-2017-2018/WEF_GCI_2017_2018_Profile_ESP.pdf.

3. Moreno Catena, V., «Del litigio judicial a modos diferentes de resolver los conflictos jurídicos», *Nuevos debates en relación con la mediación penal, civil y mercantil*, Dir., R. Castillejo Manzanares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2018, pp. 23-44.

4. Soleto Muñoz, H., «*Negociación, Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*», coord., Soleto Muñoz, Tecnos, 2011, pp. 157-187.

5. Frank E. Sander en su famosa disertación en 1976 en la Conferencia Nacional que discutía el tema de las causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia (conocida como «Pound Conference), publicada en el 70 *Federal Rules Decisions* (70 FRD 79), pp. 111-134, aludía textualmente a «*reserve the courts for those activities for which they are best suited and avoid swamping and paralyzing them with cases that do not require their unique capabilities*».

Seguidamente, considerando estas circunstancias, trataremos de valorar hasta qué punto es necesario a día de hoy «menos proceso», desde la interpretación y valoración de la actual situación social, económica y de infraestructuras y marco legal de la Administración de Justicia en España. El decálogo básico que sintetizamos a continuación pretende fundamentar el posible avance hacia futuros desarrollos normativos que mejoren la eficiencia legal, institucional y real de la solución de litigios en España, siempre dentro del respeto a las plenas garantías de los derechos de los justiciables, barajando para ello tanto las ventajas como los inconvenientes de ofrecer otros cauces, complementarios y no jurisdiccionales, en la solución de litigios.

1. Los datos sobre los cuales llevar a cabo un contraste

Es muy complejo aportar datos para contrastar el número de litigios que se resuelven en el marco de las soluciones extrajudiciales de litigios en España, fundamentalmente por dos razones: una, primera, la confidencialidad, legalmente exigida, que preside tanto el arbitraje como la mediación y de igual modo la reserva que se aplica en litigios que se resuelven mediante negociaciones privadas entre las partes —antes o durante la tramitación de un proceso judicial—. Esta circunstancia hace prácticamente inaccesible el conocimiento de resultados y experiencias. La segunda es la inexistencia de registros oficiales que, aun preservando la confidencialidad, reporten datos al menos cuantitativos al respecto. De ahí, por tanto, que cualquier comparativa ha de basarse en una cierta especulación, no necesariamente carente de fundamento pese a la razón antes aludida. Es cierto que el arbitraje y la mediación preprocesal y desarrollada en un entorno estrictamente privado, no va a aportar datos para contrastar con el número de procesos judiciales en la materia, pero ello no es óbice a valorar, desde datos contrastados y oficiales, si con esos datos a la vista puede ser necesario menos proceso.

Tomando la referencia más cierta y objetiva, como son los datos oficiales del Consejo General del Poder Judicial recogidos en el documento[6] «La Justicia dato a dato», correspondiente a 2017, comprobamos que ingresaron —en el cómputo general de los cuatro órdenes jurisdiccionales— casi seis millones de asuntos (concretamente 5.873.689), siendo los órdenes penal y civil los más sobrecargados con algo más de tres millones y de dos millones de asuntos de nuevo ingreso respectivamente. Si contrastamos estos datos con los datos oficiales, también del CGPJ, de mediación intrajudicial —es decir, únicamente computando aque-

6. Puede consultarse (versión provisional) en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/.

llas mediaciones que han tenido lugar por derivación desde un proceso judicial ya en marcha, lo que dejaría fuera el cómputo de las mediaciones extrajudiciales que sí tienen lugar— concluimos que en el ámbito penal, en 2017 (y sin contar los datos referentes a Andalucía y Cataluña) se produjeron 2.212 derivaciones (sobre un total, como decíamos, de algo más de tres millones de asuntos) lo que supone un 0,0006% del total de asuntos penales, y que en el caso de la mediación intrajudicial en el orden jurisdiccional civil[7] nos lleva a un porcentaje del 0,0031% sobre el total de asuntos ingresados.

Parece evidente, en todo caso, que las opciones extrajudiciales y complementarias al proceso, a día de hoy, no suponen cuantitativamente un elemento relevante en cuanto a la disminución de litigios resueltos a través del proceso judicial. Ello nos obliga a reflexionar, para determinar una posible disminución de la preponderancia numérica de litigios resueltos en sede jurisdiccional, sobre cuáles pueden ser las causas. De forma sintética y no estrictamente legal o jurídica, convendría valorar, también, si esta escasa relevancia se debe al desconocimiento generalizado de las opciones complementarias al proceso por la ciudadanía (lo que requeriría de campañas de difusión, acercamiento y sensibilización), a su complejidad (cuestión difícilmente aceptable por cuanto difieren del proceso judicial precisamente por su flexibilidad, simplicidad y menor formalismo y generalmente van a acompañadas de una sesión inicial e informativa para los participantes), o a la carencia de tradición, experiencia y cultura social y jurídica en nuestro país en relación al acceso y desarrollo de formas extrajudiciales de resolución de litigios (que puede ser comprensible y aceptable).

2. ¿Sostiene el proceso y los medios extrajudiciales de resolución de litigios que lo complementan una comparativa?

Elementos que comparten una finalidad común, como es la de resolver jurídicamente litigios, también pueden presentar elementos de divergencia evidente, y no solo estrictamente en el plano legal, según su naturaleza, configuración y procedimiento. Una primera contraposición entre el proceso y los medios extrajudiciales viene dada por el acceso a los mismos. En el proceso dicho acceso viene condicionado a una situación contenciosa frente a la voluntariedad que preside la opción por medios extrajudiciales que requieren de la concordancia de voluntades en su empleo por parte de los litigantes. Ello redunda, y

7. Castillejo Manzanares, R., «Principios, bases y parámetros de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ley y práctica», *Nuevos debates en relación con la mediación penal, civil y mercantil*, Dir., R. Castillejo Manzanares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2018, pp. 79-106.

aquí puede extenderse la comparativa, en que los medios extrajudiciales son más cordiales, pacíficos y colaborativos entre los litigantes que el proceso, donde el distanciamiento, la competitividad y la conflictividad se agranda.

Con las premisas anteriores, proseguimos la comparativa en cuanto se constata igualmente que el proceso judicial, que casi nunca contenta a los litigantes, genera habitualmente una sensación, y situación fáctica y jurídica, de vencedores y vencidos según se hayan estimado y desestimado pretensiones y resistencias por parte del juzgado o tribunal para cada una de las partes, frente a una percepción más equitativa y distributiva a la que da lugar el resultado de una mediación o una negociación. De ahí también se extrae el que respectivamente las secuelas post-litigio sean muy diferentes entre el proceso y los medios extrajudiciales de resolución de litigios. El primero en cuanto a la ruptura prácticamente definitiva e irrecuperable de las relaciones personales, profesionales, económicas o de cualquier otra índole que existían entre los litigantes antes de acudir a los tribunales para dirimir su disputa, frente a las secuelas más positivas y cooperativas que depara un medio extrajudicial autocompositivo en el cual las partes han sido protagonistas en la solución mutuamente acordada (frente a la «imposición» de la sentencia o resolución jurisdiccional) y que redunda además en una solución más flexible, mejor aceptada y con un grado de cumplimiento voluntario prácticamente íntegro y cabal. Sin hacer alusión, de momento, al coste económico y temporal como factores de evaluación, que reservamos específicamente para el siguiente numeral de este decálogo.

3. El coste económico y temporal como factor de evaluación

En una sociedad como la contemporánea, donde impera la eficiencia, uno de los elementos imprescindibles en la determinación de si es necesario menos proceso y si puede darse entrada, con todas las consecuencias, a medios extrajudiciales y complementarios en la resolución de litigios es, sin lugar a dudas, la evaluación y contraposición del coste económico y la dilación temporal. Según el Banco Mundial, con datos de 2016 y en el ámbito de la Unión Europea, un litigio en primera instancia en materia de derecho privado tiene una duración media de 548 días, con un coste medio de 10.499 €, frente a los datos de 88 días de duración y coste de 2.497 € que supondría ventilar ese asunto en una mediación (siempre, claro está, que dicha mediación concluyese con un acuerdo). En definitiva, una reducción del 76,22%, respecto a lo que implicaría resolver el mismo litigio ante los juzgados y tribunales de la justicia ordinaria.

Si trasladamos la comparativa al ámbito estrictamente nacional, un litigio de derecho privado conlleva (según los datos oficiales del CGPJ de 2017) una media

de 6 meses para la primera instancia (con otros 6 meses más en caso de apelación y consiguiente segunda instancia) frente a los 2 meses de duración media de una mediación —que no implica impugnación salvo el ejercicio de una acción de anulación del acuerdo de mediación en aplicación de las causas de anulación de los contratos privados—, con un coste medio —solo para la primera instancia- de 8.015 € en el caso del proceso judicial, frente, por ejemplo, a la tarifa media de una mediación que señala el Centro de Resolución de Conflictos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (mediaICAM) de 363 €, y que en el caso de un arbitraje no se demoraría más de los 6 meses que fija como plazo máximo (más dos de eventual prórroga) el art. 37.2 de la vigente Ley de Arbitraje y que conllevaría un coste, en la Corte de Arbitraje[8] del referido Colegio de Abogados —para una cuantía del arbitraje de hasta 30.000 €— de unos 4.000 € aproximadamente—.

Por tanto, en términos de evaluación y contraste estrictamente económicos y temporales es meridiana, cuantificable y tangible la ventaja que ofrece en este punto el acceso a medios extrajudiciales de resolución de litigios frente al proceso.

4. Algunos argumentos por los cuales los medios complementarios de solución extrajudicial de litigios no se asientan: ¿con o sin justificación?

Pese a ciertas ventajas anteriormente apuntadas, los medios de resolución extrajudicial de litigios no se asientan al menos en España, no se consolidan plenamente como un complemento afincado tanto en la ciudadanía como en los propios profesionales jurídicos. Cabe preguntarse, dentro de este decálogo de ventajas e inconvenientes en relación a los mismos y a la conjetura de si es necesario menos proceso, si hay justificaciones y evidencias para ello. Evidentemente, y a tenor de lo ya expuesto en términos temporales y de coste económico, no hay una justificación racional que ampare la ausencia de asentamiento de los medios extrajudiciales. Tampoco la hay si manejamos el criterio de su simplicidad de acceso y desarrollo, por cuanto son más flexibles, y menos arduos y complejos procedimentalmente hablando. Sí que, por el contrario, puede servir como alegato para corroborar la ausencia de asentamiento de los mismos las alusiones, racionalmente comprobables, a la carencia de tradición jurídico legal y cultura social de acceso a los mismos en nuestro sistema de Justicia o el cierto desconocimiento de su existencia y practicabilidad, marcadamente por parte de la ciudadanía.

8. https://web.icam.es/bucket/1389873511_Costas%20de%20la%20Corte%20de%20Arbitraje.pdf.

Afincar los medios extrajudiciales de resolución de litigios en el ámbito de la Justicia parece concordar con la nueva forma de gestión de los negocios jurídicos y de las relaciones que implican derechos y obligaciones en que prepondera, salvo en el campo acotado del Derecho Penal y en algunas esferas del Derecho Administrativo y el Derecho Tributario, la autonomía de la voluntad y la disponibilidad de derechos, antes y durante el litigio, e incluso en sede jurisdiccional con la aplicación del principio de oportunidad. Cada vez más, las relaciones jurídicas son globales y universales y este factor, también, requiere menos proceso, por cuanto el proceso judicial se entronca directamente con el ámbito de ejercicio de la jurisdicción por cada Estado y con las reglas propias que al efecto ha determinado, aventajando entonces los medios extrajudiciales al proceso por su concepción más generalista y global, no sujeta a las limitaciones legales y procesales que las jurisdicciones nacionales delimitan.

Se valora también muy positivamente la observancia, en los medios extrajudiciales de resolución de litigios, del principio de confidencialidad[9], evitando que trascienda más allá del ámbito propio de los contendientes cualquier dato y circunstancia en relación con el litigio (sus causas, consecuencias y efectos), resolviendo en sedes extrajudiciales de forma privada y directa las disputas. Simultáneamente, esta circunstancia repercute en que en vías extrajudiciales el litigio se centre en la relación «inter partes» y en las necesidades e intereses subyacentes de forma directa y concurrente con el litigio, sus motivos y sus efectos.

En definitiva, nos movemos hacia una cultura de la autorregulación, también en el ámbito de la Justicia, y con lo que en ello atañe el acceso a medios de resolución extrajudicial que toman como punto de partida la libertad de elección de los afectados para optar por los mismos. Lógicamente, salvaguardando siempre la adecuada protección de los derechos de carácter indisponible y las garantías que todo justiciable tiene reconocidas constitucionalmente. Desde esta premisa, del advenimiento de una cultura jurídico-legal de la autorregulación, se proyectan soluciones complementarias al proceso que priman la solución directa (cara a cara) del litigio, empleando fórmulas autocompositivas (conciliación, mediación, negociación, derecho colaborativo) que además protegen el mantenimiento de la comunicación y la cooperación con la otra parte en contienda.

9. Art. 24.2 de la Ley de Arbitraje y art. 9 de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

5. La repercusión en las profesiones jurídicas más vinculadas al proceso

De forma sintética podemos hacer una composición de lugar sobre el alcance que hipotéticamente puede tener la profusión práctica de los medios extrajudiciales de resolución de litigios y que redunden en «menos proceso». La proyección de esta hipótesis en la judicatura entiendo que tendría resultados beneficiosos, reduciendo el número de asuntos no solo cuantitativamente sino, y es el aspecto que ha de subrayarse por encima del meramente numérico, a nivel cualitativo. Sin duda se produciría una notable disminución de los asuntos que no presentan un verdadero componente y entidad jurídico-legal, entendido como la existencia en el litigio de un elemento fundamental de desencuentro en la aplicación, cumplimiento, observancia o interpretación de la legalidad concurrente a la relación jurídica en crisis, para el cual, si se requiere incuestionablemente de la preparación, capacidades y atribuciones de la judicatura. Liberaría, por tanto, a la judicatura de multitud de asuntos en los cuales la litigiosidad, desde el plano estricta y eminentemente jurídico, es artificiosa, por cuanto en el conflicto subyace y dominan aspectos meramente personales y de relación social, económica, profesional, familiar pero no de calado legal.

La Fiscalía, ajustada a la observancia de las previsiones de la Constitución y el Estatuto Orgánico que determina su actividad y centrada en la promoción de la acción de la justicia y la defensa de la legalidad, vería prácticamente anulada su intervención en los mecanismos de resolución extrajudicial de litigios en asuntos de derecho privado (por cuanto su ámbito de actividad en ese campo se restringe a los procesos relativos a derechos no dispositivos y a la intervención velando por los derechos de menores o personas con la capacidad de obrar modificada, para los cuales la normativa de aplicación[10] no habilita el empleo de fórmulas extrajudiciales). En la aún pendiente incorporación efectiva[11] de las opciones extrajudiciales en materia penal para adultos infractores, el vigente principio acusatorio se nos presenta, a nuestro entender, como obstáculo infranqueable en relación con las atribuciones del Ministerio Fiscal, y especialmente en lo dispuesto en el art. 3.10 del EOMF, cuando le atribuye velar por la protección procesal de las víctimas… promoviendo los mecanismos

10. Art. 2 de la Ley de Arbitraje y art. 2.1 de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

11. Consecuencia de la transposición de la Directiva 2012/29/UE su correlativa norma nacional, la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito, implanta muy embrionariamente, los denominados «Servicios de Justicia Restaurativa», en los cuales ha de tener cabida, necesariamente, la mediación penal, siendo su regulación a todas luces insuficiente para sostener un sistema de mediación penal, a diferencia de los arts. 157 a 161 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (2011) o los artículos 143 a 146 del Borrador de Código Procesal Penal de 2013, que con sus aciertos y errores al menos contemplaban de forma más específica la aplicación de la mediación penal. Véase también la reciente Recomendación del Consejo de Europa, Comité de asuntos penales, sobre justicia restaurativa en materia penal (2018, referencia: PC-CP (2017) 6 rev 5).

previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. Bien es cierto que se están ensayando, de facto, en determinados juzgados de instrucción, siguiendo la interpretación y aplicación de lo dispuesto en el art. 963.1.1ª LECrim., experiencias incipientes de derivación a mediación en determinados delitos leves, pero siempre a criterio del juez instructor que mediante providencia determina dicha derivación a mediación intrajudicial y que, una vez obtenido el acuerdo, implica que el Ministerio Fiscal apreciando que no hay interés público relevante en el asunto y ante la escasa gravedad de los hechos, las circunstancias de los mismos y las circunstancias personales del autor, interese el sobreseimiento del asunto. Todo ello, sin la existencia de una Ley de Mediación Penal, ni siquiera previsiones concretas al respecto, y desde la interpretación y aplicación de las opciones del citado art. 963 LECrim. en los procedimientos por delito leve.

Mucho se ha dicho y escrito sobre la posición de la Abogacía respecto a las vías extrajudiciales de resolución de litigios. En lo puramente crematístico se acentúa una velada oposición a las mismas por lo que puedan suponer de merma en la minutación profesional, bien es cierto que comparativamente la presencia e intervención del abogado en el arbitraje es crucial e insustituible y en las opciones autocompositivas prácticamente imprescindible, aún a costa de una menor dedicación temporal al asunto que la requerida para la dirección técnica de un proceso judicial, pero, a cambio, liberando tiempo para otros asuntos y actividades vinculadas al ejercicio de la profesión.

Si nos ceñimos a la previsión normativa que más nos acercaría a la realidad de la Abogacía en este entorno, el art. 13.9.e) del Código Deontológico establece la obligación del abogado de poner en conocimiento de su cliente, entre otras cuestiones, la conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio, y por tanto una exigencia en su quehacer profesional que además proporciona un marco de colaboración y servicio a los intereses del cliente. El análisis de todas las posibilidades de resolución del litigio, valorando la idoneidad y procedencia de las mismas, se incardina por tanto en la prestación ética y deontológicamente correcta del servicio de asesoramiento jurídico y defensa técnica de la Abogacía, además de la recomendable utilización de sus servicios en el marco de desarrollo de los procedimientos arbitrales, de mediación, conciliación, negociación u otros que al efecto se pudieran conducir para la satisfacción de los derechos del cliente. E incluso, sirva como ejemplo gráfico al respecto, se estipula en la *Guía de Recomendaciones para la Abogacía en mediación*, editada por el Consejo General de la Abogacía Española en 2018, que «la mediación, como forma de gestión de conflictos, es una oportunidad para modernizar la labor del abogado, para representar los intereses del cliente de una forma global e integral para mejorar la satisfacción del cliente, al ofrecerles un procedimiento en el que ellos mismos, con el indispensable asesora-

miento de su abogado, son dueños del resultado; evitando que sea un tercero el que les imponga una resolución que, casi con toda probabilidad, solo satisfará a una de las partes y en algunos supuestos, con imposibilidad de ejecutar el fallo judicial».

Probablemente la figura el tablero procesal que más alejada puede quedar en un escenario de menos proceso y más medios extrajudiciales de resolución de litigios es la de la Procura. En los medios extrajudiciales quedan sin funciones ni atribuciones directas en relación con sus cometidos profesionales, por cuanto su desempeño se centra en las actuaciones procesales y en la representación de la parte ante el órgano jurisdiccional, siendo, quizá, el gran damnificado.

6. ¿Obligatoriedad es sinónimo de efectividad?

Una de las variantes que se maneja, y en ciertos ordenamientos legales se aplica, para reordenar el flujo de asuntos hacia los sistemas de solución de litigios, es la determinación de incorporar legalmente mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, de corte autocompositivo, con carácter obligatorio y preprocesal, condicionando el acceso al proceso judicial (y la consiguiente admisión de la demanda) a que se haya intentado previamente la resolución del litigio en una mediación o conciliación entre las partes. Discrepo del empleo y establecimiento normativo de esta opción para generar «menos proceso». Aun así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 17 de junio de 2017, y en relación con el art. 3.2 de la Directiva 2013/11/UE, en el asunto C-75/16, caso *Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli vs. Banco Popolare Società Cooperativa*, ha dispuesto, en nuevo y concordante pronunciamiento con casos anteriores, que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que establece la obligatoriedad de la mediación con carácter previo al ejercicio de la acción judicial en los litigios en los que sean parte los consumidores por cuanto lo relevante no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino el hecho de que, como prevé expresamente la Directiva, se preserve el derecho de las partes a acceder al sistema judicial[12].

12. El Tribunal de Justicia reitera que la exigencia de un procedimiento de mediación con carácter previo al ejercicio de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva si concurren determinados requisitos que compete examinar al juez nacional. A saber: 1) no conduce a una decisión vinculante para las partes, 2) no implica un retraso sustancial para ejercitar una acción judicial, 3) interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, 4) no ocasiona gastos significativos, 5) siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder al procedimiento de conciliación y, 6) sea posible adoptar medidas provisionales urgentes. En esas circunstancias, el Tribunal de Justicia concluye que el hecho de que la normativa nacional no sólo haya establecido un procedimiento de mediación extrajudicial, sino que, además, haya dispuesto la obligatoriedad del recurso a éste, previamente al ejercicio de una acción judicial, no es incompatible con la Directiva.

A nivel nacional podemos destacar la posición adoptada en dos concretas resoluciones jurisdiccionales. Resoluciones en forma de Auto y que provienen de juzgados: el primero de ellos fue el emitido por el Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona[13] en auto de 26 de enero de 2015 ponderando el posible abuso de derecho a la tutela judicial efectiva de un litigante (gran empresa) para una reclamación económica de menor cuantía, que genera unos gastos en la Administración de Justicia muy superiores a la propia cuantía reclamada, y que determinó la imposición en dicho auto de una multa, según consta textualmente en el fundamento jurídico cuarto de la resolución «atendiendo al principio de intervención mínima» que se estimaba ajustado al presente caso, y por abuso del proceso, con base en el art. 11 LOPJ y 247.3 LEC del 10% de la cantidad reclamada en el litigio. El segundo de los autos de referencia (Juzgado de Primera Instancia número 18 de Granada[14], en Auto de 11 de noviembre de 2015) con una reflexión similar, plantea la posibilidad de condicionar la admisión de la demanda, en línea por tanto de mantener una especie de obligación preprocesal previa, cuando en su parte dispositiva establece que «con carácter previo a la admisión a trámite» de una demanda de juicio verbal de cuantía 59,19 euros, convoca a las partes a una sesión informativa de mediación en el Ilustre Colegio de Procuradores, a la que deberán asistir… debiendo comunicar al juzgado la decisión adoptada al respecto.

A nuestro juicio, optar por un sistema legal de mediación obligatoria supone una elección que plantea serios problemas de constitucionalidad en relación con la virtualidad en plenitud del derecho a la tutela judicial efectiva, al condicionar el acceso a los órganos jurisdiccionales (tutela judicial) con un previo «intento» (no cualificado legalmente en extensión e intensidad) de resolver el

13. id. CENDOJ: 08019420522015200001. Sostiene que el derecho a la tutela judicial es incuestionable por cuanto en el actual Estado de Derecho los juzgados y tribunales son la última garantía de protección de los legítimos intereses sin que ello obste, impedir, como la ley prevé en nuestro artículo 7.2 del vigente Código Civil, el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, vinculando el abuso del derecho a la tutela judicial, en el caso de referencia, al aprovechamiento de los recursos públicos de la Administración de Justicia en beneficio de la actividad de una mercantil para la reclamación de una cantidad menor y cuando «no se utiliza como último recurso sino como primero, siendo como es que otros métodos de resolución de conflictos podrían utilizarse», más aun cuando la ponente del auto cuestiona la legitimidad de que una entidad mercantil sostenga un litigio por una cantidad de 402,75 euros ante los tribunales, no existiendo controversia sobre los hechos y únicamente cuestiona una parte de las consecuencias de los mismos e implicando destinar una cantidad del erario público para ello, ostensiblemente superior a la reclamada.

14. id. CENDOJ: 18087420182015200001. Centra el razonamiento de su decisión en el abuso del proceso cuando considera que las partes tienen a su alcance otros métodos de realizar el valor de lo justo en cada caso concreto, de forma más barata, rápida y menos gravosa para las arcas públicas, en casos, como el precitado, en que lo reclamado supera ampliamente el coste de la actividad jurisdiccional reclamada. Justifica la magistrada que con ello «lo único que se pretende es ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de la buena fe como principio informador de todo el ordenamiento jurídico» evitando una desproporción enorme entre lo que se discute y lo que cuesta que se discuta «existiendo otras alternativas que no comprometen recursos públicos, que no perjudican los derechos en discusión y cuyo uso inicial evitaría muchos de los casos que hoy en día colapsan los tribunales». De ahí que, en el Fundamento Jurídico Tercero del Auto, haciendo uso de la facultad dispuesta legalmente en los arts. 440.1 y 443 LEC «invite» a las partes a que intenten un acuerdo, instándolas a que asistan a una sesión informativa de mediación, y en función de cuyo resultado quedó temporalmente suspendida la causa y la consiguiente admisión a trámite de la demanda de juicio verbal.

litigio en sede extrajudicial. Así por ejemplo, se determinó en Italia en 2010 al incorporar la mediación obligatoria, siendo anulados los preceptos que la regulaban por una decisión de la Corte Constitucional[15], y que posteriormente da pie a una reforma legal en 2013 que reintroduce un sistema de mediación preprocesal «obligatoria» adaptada a los requerimientos exigidos por la Corte Constitucional en su pronunciamiento, y que básicamente se circunscriben a que si alguna de las partes no participa en la mediación sin motivo justificado para ello, el juez durante el procedimiento, puede establecer un determinado reparto de la carga de la prueba e incluso una sanción pecuniaria a quien no ha atendido la participación en esa mediación obligatoria[16]. Además, si, a la conclusión del proceso, la sentencia coincide con la propuesta realizada por el mediador no podrá reclamar las costas del procedimiento, al contrario, será condenado a favor de la otra parte, incluso de la propia mediación.

En segundo lugar, porque anudar un sistema de mediación obligatoria a una mayor efectividad de la misma y con ello, por ampliación, del sistema de justicia, nos parece simplificar excesivamente la cuestión, aunque los resultados en algunos países[17] puedan avalar tal medida de política legislativa[18], cuando se trata de derechos y de tutelar los intereses de los ciudadanos que han entrado en litigio.

Finalmente, cabe aludir a que un sistema de arbitraje y, muy especialmente, de mediación o conciliación obligatoria desnaturaliza totalmente el carácter de

---

15. Sentencia núm., 272 de 6 de diciembre de 2012 de la Corte Constituzionale de Italia.

16. Herrera de las Heras, R., «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles», *InDret*, 1/2017, pp. 9-18.

17. Es cierto que acudiendo a referencias de derecho comparado comprobamos como en Australia los tribunales tienen la facultad de remitir a mediación obligatoria (u otros métodos extrajudiciales), con o sin consentimiento de las partes (según la materia) y que los resultados han avalado que los índices de acuerdos obtenidos y satisfacción en la justicia por los ciudadanos —ya sea participación voluntaria u obligatoria— son similares, incluso en el caso de los acuerdos tras mediación obligatoria el índice de acuerdos y satisfacción alcanza el 80%. Si confrontamos realidades más cercanas a la nuestra (España: alrededor de 6.000 mediaciones intrajudiciales en derecho privado), observamos que en Italia —nuevo sistema desde 2013— el número de mediaciones se aproxima a las 200.000 anuales y que incluso este mismo año Grecia ha optado por implantar legalmente la mediación obligatoria para determinados asuntos (durante un año y a prueba) constatándose en este último país, eso sí, una importante oposición de los abogados —motivada probablemente por una expectativa de pérdida de negocio sumada a años de crisis—, el escepticismo de la Judicatura, e incluso el pronunciamiento en contra del Tribunal Supremo declarando (en medio de una división interna sobre el asunto, por 21 votos frente a 17) que puede afectar el derecho a la tutela judicial efectiva en virtud del coste de la mediación debido a los honorarios establecidos para los mediadores —considerados excesivos—.

18. Constata la Unión Europea, en su documento *The 2018 Eu Justice Scoreboard*, p. 5 «that procedural law continues to be an area of particular focus in many Member States and that a significant amount of new reforms have been adopted or announced for further information and communication technologies (ICT) development, alternative dispute resolution methods (ADR), legal aid, reform of judicial maps and legislation on judges and the legal professions. A comparison with the 2017 Scoreboard shows that the level of activity gathered further momentum, both for adopted reforms and measures planned for the future. This needs to be set against the fact that justice reforms take time — sometimes several years from the first announcement of new reforms until the adoption of legislative and regulatory measures and their actual implementation». Véase también las páginas 35 y 36 en relación con el uso y promoción de medios de ADR y ODR en los diferentes Estados miembros.

voluntario[19] y pretendido por las partes que preside el acceso a medios extrajudiciales de resolución de litigios. Se eleva simultáneamente y de forma exponencial el riesgo de «burocratización» de los propios medios extrajudiciales de resolución de litigios, al convertirlos en un mero requisito, formal y previo al proceso, sin que realmente sea un verdadero complemento al mismo, por tanto, con la paradoja de que no daría lugar a «menos proceso» sino a más trámites previos para llegar al proceso judicial.

Acaso una salida intermedia, que depare menos proceso y más utilización de las vías extrajudiciales podría venir dada por el establecimiento de una especie de voluntariedad mitigada[20], que case perfectamente con el acceso a la jurisdicción (no sea requisito imprescindible para la admisión a trámite de la demanda) en su componente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, constando en la ley la única previsión de acreditar con la demanda el haber efectuado actuaciones previas a la misma (ofrecimiento de acudir a mediación, conciliación, planteamiento de una negociación, etc.) tratando de resolver el litigio de forma extrajudicial. Esta solución se viene experimentando en Francia, desde 2015, tras la reforma que incorporó a los arts. 55, 56, 58 y 127 del Código Procesal Civil la exigencia de que, para admitir la demanda a trámite, en determinados asuntos, debe «acreditarse» los procedimientos realizados previamente para tratar de llegar a una solución amistosa de la controversia.

7. Ductilidad y especialización como línea de ruptura

Cuando aludimos a la ductilidad[21] de los medios extrajudiciales de resolución de litigios como elemento de ruptura frente al proceso judicial pretendemos destacar su mayor adaptabilidad fáctica y procedimental a los muy diferentes

---

19. Véase la famosa sentencia de la England and Wales Court of Appeal (Civil Division) en el caso *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust*, referencia: EWCA Civ 576 (11 Mayo 2004) en que dispone expresamente que: «mandatory mediation is a contradiction in terms because mediation is «a voluntary process».

20. Solución que ha elegido el Anteproyecto de Ley de Impulso de la mediación, presentado por el Ministerio de Justicia en el mes de enero de 2019, y respecto del cual el Informe evacuado por el Consejo General del Poder Judicial (Marzo de 2019) procede a analizarlo desde el prisma de la compatibilidad entre mediación obligatoria mitigada y los derechos a la tutela judicial efectiva y de acceso a la jurisdicción amparados en el art. 24 de la Constitución Española y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, llegando a la conclusión de que «no empaña la voluntariedad que caracteriza a este instrumento de solución extrajudicial de conflictos, ni desplaza la intervención judicial... permaneciendo incólume la plenitud del ejercicio de la función jurisdiccional, Vázquez de Castro alude también, en uno de sus estudios y modificando la referencia de obligatoriedad mitigada, a «mediación voluntaria mitigada», véase Vázquez de Castro, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, núm. 50, 2013.

21. Según el Diccionario de la Real Academia Española, se refiere a aquello que tiene la condición de dúctil, acepción que implica la condición de algo que es maleable, adaptable, extensivo y acomodadizo, con la que queremos destacar el carácter ventajoso que presentan en este punto los medios extrajudiciales de resolución de litigios frente al proceso para encajar a la medida de muchos litigios de particularidades fácticas o jurídicas muy relevantes (piénsese, a día de hoy en conflictos por ejemplo en materia de transporte de pasajeros por avión, patentes biotecnológicas, competencia, publicidad, etc.).

tipo de materias que pueden ser objeto de un litigio, más aún en un mundo jurídico como el actual en que predomina la sectorialización y la especialización, con la aparición constante de nuevos fenómenos científicos, relacionales, profesionales y económicos, fruto del progreso de la sociedad, que requieren, también, de regulación jurídica y de respuesta a sus peculiares conflictos. En definitiva, los medios extrajudiciales de resolución de litigios complementarios al proceso, también pueden implicar menos proceso al adaptarse mejor a determinados tipos de conflictos derivados de situaciones fácticas y jurídicas muy especializadas y sectoriales como puede ser, a título de ejemplo, en lo relacionado con los medios de pago[22], los conflictos de derecho marítimo[23] o el transporte aéreo[24] de pasajeros, en un momento histórico, el actual, en que el Derecho es pura especialización y sobre el influjo absolutamente imparable de las nuevas tecnologías que impone la sociedad de la información[25].

De este fenómeno palpable y creciente de especialización jurídica de las diferentes materias y sus litigios derivados, han surgido igualmente, como inevitable caja de resonancia, mecanismos extrajudiciales para su abordaje y solución cuando surge la disputa. De hecho, se constata un fenómeno normativo en auge consistente en promulgar normas concretas y singulares[26] que habilitan dichos medios extrajudiciales o el futuro desarrollo de los mismos[27], o bien en

---

22. El Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera prevé en sus arts. 69 y 70 procedimientos de resolución alternativa de litigios en relación a quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios de pago que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, y que deriven de presuntos incumplimientos por los proveedores de servicios de pago previstos en el artículo 5.1 de las disposiciones del citado real decreto-ley, de sus normas de desarrollo, de los estándares o de las buenas prácticas y usos financieros que resulten aplicables.

23. Fontestad Portalés, L., «Derecho marítimo y mediación: un camino por recorrer», *Mediación en la Administración de Justicia: implantación y desarrollo*, VVAA, Andavira Editora, 2017, pp. 115-144

24. Pérez Moriones, A., «Hacia la consolidación de la resolución alternativa de conflictos en el ámbito del transporte aéreo», *Diario La Ley*, núm., 9298, 2018.

25. Materia para la cual, se prevé también, en su normativa de referencia, el empleo de medios extrajudiciales de resolución de litigios como contempla el art. 32 de la Ley de Servicios a la Sociedad de la Información (Ley 34/2002) donde dispone que el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a lo s procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos mencionados, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica.

26. Sirva el ejemplo del reciente Decreto 47/2018 de creación de la Junta de Arbitraje y Mediación para los contratos agrarios, publicado en el BOCYL de 5 de noviembre de 2018, un ámbito jurídico tan tradicional y concreto como el derecho agrario y de una Comunidad Autónoma (Castilla y León) en el que dicho sector tiene gran peso social y económico, y que justifica en que «el sector agrario está obligado a una continua adaptación a las nuevas condiciones del mercado…, la multiplicidad de elementos que deben conjugarse en la formalización de un contrato agrario sin duda aumentan las posibilidades de discrepancias en la interpretación de las cláusulas contractuales… la Administración puede prestar un buen servicio a las partes acercándoles al conocimiento de estas técnicas, propiciando su uso de forma habitual en la redacción de los contratos agrarios, contactando con las instituciones que prestan estos servicios y colaborando para la especialización del arbitraje y la mediación en el ámbito agrario y agroalimentario».

27. Muy ilustrativo es el caso de la Directiva 2017/1852 de 10 de octubre de 2017 de la Unión Europea abriendo pro futuro el campo de actividad de los medios extrajudiciales a los litigios fiscales (en este concreto caso de índole transfronteriza).

dar cabida dentro de normas sustantivas sectoriales a capítulos, apartados o preceptos que acreditan previsiones específicas de empleo de procedimientos de resolución alternativa de litigios. E incluso, en algunas normas se opta por dar referencia específica y preeminente a alguna de estas modalidades. En cualquiera de estos casos conviene advertir, e incluso alguna norma así lo hace de forma expresa, que dicha especialización también requiere, convenientemente para un mejor desarrollo del mecanismo de resolución extrajudicial, de capacitación adecuada y especialización acreditada en la materia por parte del tercero ajeno a las partes en litigio que asume la función de árbitro, mediador[28] o conciliador.

Más exiguo, por no decir prácticamente inexistente, es el desarrollo de los medios extrajudiciales de resolución de litigios en ámbitos donde la disponibilidad de derechos y la aplicación del principio de oportunidad está restringido. Nos referimos de forma breve y concreta a la implantación de la mediación penal en el ámbito de los delitos cometidos por adultos, dando desarrollo a las previsiones de la Directiva 2012/29 de la Unión Europea, así como al contenido del vigente art. 15 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito, marco insuficiente e indefinido para dar cabida, de momento y con garantías, a una mediación penal complementaria[29] al proceso judicial. Y en igual sentido a la carencia de previsiones normativas concretas para dar entrada al arbitraje (salvo en concretos y contados casos así previstos) o la mediación en el marco de los procesos contencioso-administrativos[30], pudiendo, en el caso de la mediación, quizá encontrar un resquicio por la vía de la interpretación y aplicación del art. 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para determinadas materias en que pudiese manejarse una cierta discrecionalidad de la Administración que no fuese lesiva al interés general ni en perjuicio de terceros y siempre bajo una posterior homologación judicial de lo acordado.

---

28. Así se advierte expresamente en el caso de la valoración de daños en accidentes de tráfico, cuando el art. 14 de la Ley 35/2015, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación dispone que para el caso de disconformidad con la oferta o la respuesta motivada y, en general, en los casos de controversia, las partes podrán acudir al procedimiento de mediación de conformidad con lo previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, determinado en el apartado segundo que «Podrán ejercer esta modalidad de mediación profesionales especializados en responsabilidad civil en el ámbito de la circulación y en el sistema de valoración previsto en esta Ley, que cuenten con la formación específica para ejercer la mediación en este ámbito».

29. Barona Vilar, S., «Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho Penal*, núm., 26, 2009, pp. 11-53, Cuadrado Salinas, C., «La mediación ¿una alternativa real al proceso penal?, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm., 17-01, 2015, pp. 1-25; González Cano, I., *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; Jimeno Bulnes, M., «¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española», *Diario La Ley*, núm., 8624, 2015

30. García Vicario, M.C., «La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm., 29, 2013, Martín Diz, F., *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018 y García de la Rosa, C., «La mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa: dificultades para su implantación eficaz», *Revista General de Derecho Procesal*, iustel.com, núm., 46, 2018

8. Practicabilidad en entornos electrónicos y de tecnologías de la información y la comunicación

La flexibilidad inherente a los medios extrajudiciales puede aventajar al proceso judicial en el ámbito de la aplicación de tecnologías de comunicación e información para dar cauce procedimental a los mismos, más aún cuando el grado de desarrollo tecnológico del proceso judicial, al menos en España, es muy deficiente y a todas luces insuficiente para la practicabilidad de un proceso judicial completo en sede electrónica.

En este sentido y en esta dirección, puede provenir un importante impulso que depare menos proceso y más acceso a medios extrajudiciales de resolución de litigios, que encuentra su más clara expresión en nuestro entorno más cercano con las directrices de la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento (UE) 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, y que pudieran ser precedente, si los resultados son positivos, de una expansión hacia otras materias de derecho privado. Ambas han dado origen, de una parte, en el plano normativo interno a la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, y a nivel práctico y efectivo a la puesta en marcha y plena operatividad de la Plataforma Europea de Resolución Extrajudicial de conflictos en línea[31], además de las ya preexistentes previsiones generales, en materia de mediación electrónica[32] de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos de derecho civil y mercantil (art. 24.1), así como su desarrollo reglamentario en el RD 980/2013 (arts. 30-38 en los cuales habilita un «procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos»).

9. Modificación del sistema de Administración de Justicia: modelo

Requiere también de una valoración institucional del sistema idóneo de Administración de Justicia para esta circunstancia, la idea principal del presente decálogo, esto es: valorar ventajas e inconvenientes que concurren ante la tesitura de virar el modelo de justicia desde una minoración del acceso de litigios al proceso judicial y un incremento del acceso a medios extrajudiciales y complementarios del mismo, sin merma de ningún tipo de garantías y derechos fundamentales de los justiciables.

---

31. https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES

32. Bujosa Vadell, L., y Palomo Vélez, D., «Mediación electrónica: perspectiva europea», *Revista Ius et Praxis*, vol., 23, núm., 2, 2017, pp. 51-78

Entendemos que no sería apropiada una fórmula privatista y absolutamente ajena y desmembrada de la Administración de Justicia para la imbricación de los medios extrajudiciales (aún con las consabidas cautelas de auto-regulación y control externo). Un sistema institucional público que albergara los medios extrajudiciales que complementan el proceso, particularmente en relación con la mediación y la conciliación intrajudicial, dependiente orgánicamente del Ministerio de Justicia y con respeto absoluto a la independencia de instituciones o profesionales que presten servicios de mediación o conciliación mediante convenio, podría ser de interés. Muy idónea para canalizar esta actividad, con las debidas adaptaciones institucionales, podría ser la creación e implantación de una Unidad Intrajudicial de Resolución Extrajudicial de Litigios, coordinada desde los Servicios Comunes Procesales de Ordenación del Procedimiento y a cargo de un Letrado de la Administración de Justicia (sistema que se ha establecido en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia de Murcia y Madrid, mediante la creación de la denominada Unidad Intrajudicial Funcional de Mediación), que sirviera de enlace entre el órgano jurisdiccional que remite el asunto a una fórmula extrajudicial de resolución del litigio y que retorna a éste el resultado del mismo para bien su homologación e integración en el proceso judicial o bien para proseguir actuaciones procesales en caso de que el resultado no sea positivo cara a la resolución del conflicto.

La clave, en definitiva, y en el ámbito institucional, vendría dada por adaptar nuestro sistema de Justicia a las necesidades y particularidades del proceso judicial y su relación de complementariedad con fórmulas extrajudiciales de resolución del litigio.

10. Ciertas pautas de futuro: propuestas

Apostar por novedades en el ámbito estructural y normativo de la Administración de Justicia, aspirando a descargar el proceso judicial del pesado lastre de asuntos y ofreciendo al mismo tiempo una posibilidad de elección, en el anhelo de obtener justicia, a los justiciables a través de la puesta a disposición de medios extrajudiciales y complementarios de resolución del litigio, también requiere de incentivos atractivos y tangibles. Institucionalmente pueden venir encarnados por el diseño de un sistema público institucional de Administración de Justicia de carácter integrado —como exponíamos en el párrafo anterior— y en el cual el coste directo para el ciudadano en caso de optar por mecanismos extrajudiciales (arbitraje, mediación, conciliación, etc.) sea reducido.

Asimismo podría completarse el diseño de un modelo integral de Administración de Justicia, que reforzase garantías de los medios extrajudiciales de resolu-

ción de litigios, con la configuración de un Registro público, dependiente orgánica y funcionalmente del Ministerio de Justicia, en el cual se remitan, archiven y quede constancia de las resoluciones y acuerdos extrajudiciales alcanzados por estas vías complementarias al proceso, siempre salvaguardando las debidas exigencias de confidencialidad que los presiden y guían normativamente. Dicho Registro, que podría ubicarse en las Unidades Intrajudiciales de Resolución Extrajudicial de litigios que, eventualmente, se pusieran en funcionamiento dentro las Oficinas Judiciales, recogería los laudos, acuerdos de mediación o conciliación, los registraría y custodiaría formalmente, permitiendo un acceso directo y rápido a los mismos por parte de los órganos jurisdiccionales cuando fuese preciso —constatar incumplimientos, instar ejecuciones forzosas, cuando pudieran tener relevancia sobre el objeto de otro proceso judicial, etc.—.

Uno de los elementos más persuasivos para el ciudadano puede ser, por ejemplo, la implementación de medidas de fiscalidad positiva (establecimiento legal de beneficios fiscales directos) para quienes acudan a un medio extrajudicial de resolución de litigios como incentivo, que a su vez «compensa» por esa vía la reducción de costes que para el erario público puede implicar un litigio en el ámbito del proceso y del sistema jurisdiccional —sostenido desde la Administración y con cargo a los presupuestos generales del Estado—. Esos incentivos fiscales podrían ser tanto para los abogados, de forma que ello suponga una mayor implicación en la utilización de estas vías extrajudiciales, de manera que pudieran obtener bonificaciones en sus impuestos por ejercicio de la actividad profesional, como directamente para los ciudadanos y personas jurídicas privadas que acudan a ellos, aplicando exenciones o reducciones fiscales en sus tributos (impuesto de las personas físicas o impuesto de sociedades) en razón de los costes abonados en dichas opciones extrajudiciales. Sirva de ejemplo ilustrativo el caso, nuevamente, de Italia, donde en mediación preprocesal se descuenta impositivamente lo abonado por una mediación, siempre y cuando en dicha mediación las partes alcancen un acuerdo, reconociéndoseles entonces una deducción por el importe equivalente a los honorarios pagados al mediador, hasta un máximo de 500 Euros (Art. 17 y 20 del Decreto Legislativo 28/2010 sobre mediazione civile).

Con un trasfondo más jurídico y de directa repercusión procesal, pueden valorarse también medidas disuasorias, tratando de potenciar el acceso a medios extrajudiciales de resolución de litigios, como puede ser la modificación de la regla de imposición de costas, de forma que se incentive que las partes intercambien ofertas vinculantes e intentos de resolución extrajudicial del litigio y se impongan las mismas a la parte que renuncia o rechaza injustificadamente estas opciones y conduce irremisiblemente a un litigio judicial, e incluso, también plantear una posible modificación de la carga de la prueba, si se ha de llegar al proceso judicial cuando no se ha accedido al medios extrajudicial,

desplazando la misma a quien se ha negado o lo ha obstaculizado injustificadamente. E incluso, en una vertiente más persuasiva, y con connotaciones igualmente procesales, podría valorarse la conveniencia de establecer una cierta prioridad en el tratamiento procesal para aquellos asuntos que acrediten haber llevado a cabo, antes del acceso al proceso, un intento de solución extrajudicial del litigio.

No debe descuidarse el aspecto formativo, que asumimos en primera persona los profesionales jurídicos dedicados a la docencia y la investigación en materia de derecho procesal y otras materias jurídicas afines. En nuestras Facultades, en los estudios de Grado, Master, Posgrado, en la dirección de trabajos de investigación de todo tipo, en la formación continua a juristas, en los manuales de referencia (salvo excepciones[33]) nos centramos casi en exclusiva en enseñar a litigar, demandar, pleitear, a impugnar y recurrir, pero apenas dedicamos tiempo y enseñanzas a la autocomposición y sus posibilidades o al arbitraje (en muchos de los temarios de nuestras asignaturas en estudios de Grado o Posgrado no hay ningún contenido vinculado a medios extrajudiciales de resolución de litigios o suele ir al final del temario y la cruda realidad muchas veces impide que llega a impartirse). Por ahí también debe venir una cierta evolución, que hemos de asumir en primera persona los docentes e investigadores universitarios, que conlleve menos proceso y más medios extrajudiciales, siempre desde las debidas garantías de legalidad y respeto absoluto al derecho a la tutela judicial efectiva a las legítimas expectativas de los justiciables en la adecuada protección de sus derechos e intereses.

Socialmente, además, podría verse reforzado el acceso a medios extrajudiciales si desde esta perspectiva se percibiese que acudir a resolver litigios en arbitraje, mediación, etc., confiere prestigio e implica un adecuado manejo de recursos públicos —no sobrecargando el proceso judicial innecesariamente— además de un ejercicio bien ponderado de la libre disposición de derechos, más aún cuando la propia jurisprudencia[34] y las entidades socio-económicas[35] de refe-

---

33. El profesor Ramos Méndez dedica el tema 2 de su obra de referencia *El sistema procesal español* (Atelier, décima edición, 2016), tras el planteamiento de lo que supone jurídicamente el litigio (Tema 1), a las alternativas al proceso, abordando en las mismas desde la conciliación al arbitraje, pasando por la mediación, siendo quizá, en este sentido, afortunadamente la excepción doctrinal que confirma la regla.

34. Sirvan como referencia de reciente aparición las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de septiembre de 2018 (id CENDOJ 08019370182018100540) en la cual se indica de forma concreta que se recuerda «a ambos progenitores la conveniencia de tratar de resolver sus diferencias, en beneficio de sus hijas, a través de la Mediación Familiar», o la de 26 de septiembre de 2018 (id. CENDOJ 08019370122018100835) remarcando que «esta tesitura, el conjunto de decisiones propias de la responsabilidad parental han de ser adoptadas por ambos, de mutuo acuerdo o a través de las vías subsidiarias establecidas en nuestro sistema civil: mediación o resolución de la discrepancia a través de la Autoridad judicial»

35. Propuesta CEOE — Colegio de Economistas para la mejora de la Administración de Justicia (2018), y que, dentro de las reformas dirigidas a desincentivar la litigiosidad, promueve favorecer el acuerdo entre las partes y la utilización

rencia lanzan mensajes claros y contundentes en cuanto a la necesidad de desincentivar la litigiosidad procesal y favorecer alternativas extrajudiciales que estimulen e impulsen el acuerdo entre las partes.

---

de procedimientos para resolver disputas fuera del sistema judicial (Resolución Alternativa de Conflictos) como «una magnífica vía para reducir la litigiosidad… así como la promoción de la mediación y la mejora de la formación en la cultura de la solución extrajudicial del conflicto», prosiguiendo la línea ya establecida en una propuesta anterior de 2016 (puede consultarse en el enlace: https://contenidos.ceoe.es/CEOE/var/pool/pdf/publications_docs-file-314-propuestas-para-mejorar-la-legislacion-y-la-administracion-de-justicia.pdf)

III. PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS CONSUMIDORES

1 | Vinculación de procesos por acciones colectivas e individuales de los consumidores en materia de condiciones generales de la contratación

Carmen Senés
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Almería

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La viabilidad de la acción ejercitada por el consumidor estando pendiente el proceso por la acción colectiva de cesación. 3. La eficacia de la resolución sobre la acción colectiva de cesación en el proceso entablado por el consumidor. 4. La eficacia prejudicial de la declaración de abusividad por falta de transparencia de una condición general de la contratación.

1. Introducción

La vinculación de procesos en los que se ejercitan, de un lado, acciones colectivas para la defensa de los intereses generales de los consumidores y, de otro, acciones entabladas por éstos en defensa de un interés individual —aunque sean varios los solicitantes de tutela jurisdiccional— es un tema clásico en los estudios procesales, cuya extensión y debate ha dado lugar a posicionamientos doctrinales dispares y en buena medida antagónicos. Esta polémica se ha recrudecido en los últimos años con motivo de los procesos entablados por las asociaciones de consumidores en una materia concreta, cual es la de las condiciones generales de la contratación, en particular, de las incluidas en préstamos concertados con entidades de crédito (cláusulas suelo, IRPH, opción multidivisa, intereses de demora, vencimiento anticipado, gastos de constitución de garantías reales, costas procesales, entre otras).

Por lo que respecta a la práctica judicial, la controversia sobre la incidencia de la sentencia estimatoria de la acción de cesación relativa a una condición gene-

ral de la contratación se ha ido clarificando *a golpe de sentencia* de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuya doctrina, no por reiterada, ha zanjado la polémica sobre una institución nuclear de la disciplina procesal como es la cosa juzgada.

Las consideraciones que vamos a realizar se ciñen al ámbito de las condiciones generales de la contratación y atienden, prioritariamente, a la doctrina jurisprudencial recaída en las diversas instancias judiciales (europea, constitucional y del Tribunal Supremo). Materia esta —las condiciones generales de la contratación— que además de ser compleja y de contar con una regulación insatisfactoria en opinión de la más autorizada doctrina[1], presenta unas implicaciones procesales que parecen desbordar el marco de las instituciones clásicas.

La sola formulación del título de este estudio que se refiere a la «*vinculación*» de procesos por acciones colectivas e individuales, da por sentada la disparidad de *objetos procesales* de unos y otros. Disparidad de objetos que hunde sus raíces en la diversa naturaleza, finalidad y configuración legal las acciones colectivas y las individuales. Obviamente, la vinculación entre estos procesos radica en la eficacia que la sentencia dictada en el proceso en el que se ejercita la acción colectiva pueda tener en el proceso entablado por el consumidor (uno o varios), lo cual nos lleva a abordar dos cuestiones que se corresponden con otras tantas situaciones jurídicas: por un lado, la viabilidad de la acción individual estando pendiente el proceso por acción colectiva y, de otro, la eficacia de la sentencia *de fondo* (firme) sobre una acción colectiva en el proceso entablado por el consumidor.

Antes de abordar ambas situaciones jurídicas quiero advertir que, en mi opinión, la cuestión de la posible vinculación entre procesos por acciones colectivas e individuales no admite una solución unitaria. Por descontado, no la tiene en la insuficiente regulación que contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero tampoco podría tenerla —creo— en el marco de una regulación futura, que aun a riesgo de ser calificada de «reglamentista» habría de tomar en consideración cuando menos, el ámbito jurídico-material en el que se inscribe la con-

1. Al respecto, se hace notar la exclusión del control específico de contenido (control de abusividad) de las condiciones generales de la contratación en las relaciones entre empresarios cuando la razón que justifica los controles especiales (inclusión y contenido) es el procedimiento de contratación mediante condiciones generales, que afecta también a las relaciones entre empresarios, sin perjuicio de que el grado de control pudiera ser de menor intensidad que el corresponde a las relaciones con consumidores. v. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª, «Comentario al art. 8», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Menéndez y Díez-Picazo, Dirs.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 439 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 81; CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», en *Revista de Derecho Civil*, Nº 3, 2015, pp. 70-71.

troversia[2]; los intereses que subyacen en la acción entablada por las asociaciones de consumidores (tutela colectiva o colectivizada) y la clase de tutela que se solicita a los tribunales (declarativa, cautelar o ejecutiva). Cóctel de factores que *prima facie* pudiera parecer explosivo, pero cuyas consecuencias serían infinitamente menos perniciosas que el estado de inseguridad jurídica en que está inmerso el proceso civil español desde hace casi dos décadas.

2. La viabilidad de la acción ejercitada por el consumidor estando pendiente el proceso por la acción colectiva de cesación

La viabilidad de la sustanciación de la acción ejercitada por el consumidor instando la nulidad de una condición general de la contratación que, a la vez, es objeto de una acción colectiva de cesación (*cláusula suelo*), ha tornado en exigencia constitucional a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2016, de 19 de septiembre. La sentencia, desde la óptica —en mi opinión errónea— del *derecho de acceso a la jurisdicción*, otorgó el amparo constitucional frente a sendas resoluciones de un Juzgado de lo Mercantil y la Audiencia Provincial de Barcelona, en las que estos órganos apreciaron, respectivamente, y en relación con el proceso por acción colectiva, la existencia de un vínculo prejudicial que abocó a la suspensión del proceso entablado por el consumidor (*ex* art. 43 LEC) y la situación de litispendencia que determinó el archivo de las actuaciones (*ex* art. 421.1 LEC). La concesión del amparo, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, comportó la nulidad de ambas resoluciones y la retroacción de las actuaciones al juzgado de instancia para que proveyese en consonancia con el derecho del consumidor a obtener una resolución *de fondo* sobre las pretensiones ejercitadas (*derecho al proceso*).

Respetuoso el Tribunal Constitucional con sus atribuciones, la sentencia no se pronuncia sobre si concurre identidad de objeto procesal entre la acción colectiva de cesación y la individual de nulidad de la condición general de contratación aunque deja caer sus dudas al respecto; amén de concluir que, en defecto de una norma que proscriba la sustanciación de la acción individual ni imponga la suspensión obligatoria del proceso entablado por el consumidor, la interpretación dada por los órganos jurisdiccionales a las normas procesales en liza no fue respetuosa con la legítima pretensión del consumidor a obtener una

2. Al respecto, las condiciones generales de la contratación y la responsabilidad por daños se presentan como ámbitos dotados de sustantividad propia, sin excluir otros posibles de afectación generalizada de indeterminados consumidores (publicidad, protección de datos).

resolución judicial sobre la cláusula suelo de «*su*» contrato, así como sobre «*las circunstancias concurrentes en su celebración*»; aspectos ambos que no podían tener respuesta judicial en el marco de la acción colectiva de cesación.[3]

Sobre la suspensión del proceso entablado por el consumidor por concurrir un vínculo de prejudicialidad respecto del proceso por la acción colectiva de cesación había incidido con anterioridad la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de abril de 2016. El fallo de esta sentencia declara que el artículo 7 de la *Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales (art. 43 LEC), que obliga al juez que conoce de una acción individual entablada por un consumidor para que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva ya pendiente con el fin de que cese el uso de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige la acción individual, sin que pueda tomar en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó la demanda individual y sin que el consumidor pueda desvincularse de la acción colectiva.[4]

Aunque esta sentencia no ha pasado inadvertida en la doctrina y es citada en infinidad de resoluciones judiciales en apoyo de la diversa naturaleza y configuración de las acciones de cesación y la individual de nulidad de una condición general de la contratación, lo cierto es que no ha provocado ninguna reforma legislativa; y ello, precisamente, porque el planteamiento de la cuestión prejudicial que hizo el juez proponente afirmando —erróneamente— que la norma nacional le *imponía* la suspensión automática de la sustanciación de la acción individual, terminó por *contaminar* —permítasenos la expresión— el fallo del Tribunal de Justicia, pues es notorio que el artículo 43 de la ley procesal civil en modo alguno prescribe la suspensión automática, ni siquiera del proceso que fuera conexo a otro que ya estuviera pendiente. [5]

Cuestión diferente al error que padece el fallo de esta sentencia es la pervivencia del parámetro interpretativo del Tribunal de Justicia respecto de la necesa-

---

3. STC (Sala Segunda), 148/2016, de 19 de septiembre, Fundamento Jurídico 6.

4. STJUE (Sala Primera), asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, Sales Sinués y Caixabank, y Drame Ba y Catalunya Caixa.

5. Como acertadamente hace notar Aguilera Morales, en el supuesto de autos no concurría la vinculación prejudicial que exige el artículo 43 de la LEC, pues entre la acción colectiva de cesación y la acción individual de nulidad existe todo lo más una prejudicialidad posible o hipotética, pero no real (Aguilera Morales, M., «Articulación procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión», en *Revista Española de Derecho Europeo*, Nº 63, 2017, apartado 2.3).

ria ponderación de los intereses del consumidor ante la pendencia de la acción colectiva de cesación, así como del derecho de éste a desvincularse de la misma; aspectos ambos que a partir de la sentencia del Tribunal europeo habrían de ser tomados en consideración por los tribunales —en particular, el segundo de ellos— ante la falta de una norma que reconozca el derecho del consumidor a la desvinculación del proceso en el que se sustancia la acción colectiva.

Como conclusión respecto de la situación jurídica que contemplamos (coexistencia de los procesos en los que ser ejercitan la acción de cesación de una condición general de la contratación y la individual de nulidad de esa misma condición general), considero que el verdadero protagonista de la viabilidad de la acción entablada por el consumidor es el Tribunal Constitucional, cuya doctrina ha sido reiterada en infinidad de resoluciones posteriores[6]; y ello, hasta el punto que la fuerza vinculante de la doctrina constitucional (*ex* art. 5.1 LOPJ) *integra* la carencia del sistema procesal español de la que se hacía eco el Tribunal de Justicia. Por tanto, con independencia de las reformas legislativas que pudieran sobrevenir respecto de la situación jurídica que nos ocupa[7], el problema acaecido en la práctica judicial ha sido solventado por exigencia constitucional (art. 24 CE).

3. La eficacia de la resolución sobre la acción colectiva de cesación en el proceso entablado por el consumidor

La segunda cuestión que anunciábamos es la relativa a la eficacia de la sentencia que se pronuncia sobre la acción colectiva de cesación en el proceso incoado por el consumidor. Al respecto, procede advertir que el nexo entre ambos procesos es la pretensión de nulidad *por abusividad* de una condición general de la contratación; abusividad que, en ambos procesos, individualiza la causa de pedir con apoyo en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (art. 8.2). Queda, por tanto, al margen de la situación jurídica que contemplamos, la acción de nulidad que pudiera entablar el consumidor con arreglo a las normas generales de la contratación (art. 1301 CC), cuyo ejercicio es posible pero poco probable, y respecto de la cual carecen de legitimación las asociaciones de consumidores.

---

6. SSTC 206/2016, 2007/2016, 2008/2016 y 2009/2016, de 12 de diciembre; 218/2016, 221/2016 y 223/2016, de 19 de diciembre, y 3/2017 y 4/2017, de 16 de enero.

7. Como señala López Sánchez, más que establecer legalmente cuándo procede el ejercicio de esa facultad de autoexclusión, parece conveniente, en supuestos de colectivización de acciones, brindar siempre tal posibilidad. E, igualmente, advierte este autor que la posibilidad de autoexclusión no comporta un mecanismo de legitimación de la actuación de quien representa al grupo de afectados como si la falta de ejercicio de esta facultad supusiese un tácito reconocimiento a lo actuado o un tácito apoderamiento a quien ha ejercitado la acción [López Sánchez, J., «Un proceso sin interesados. Colectivización de la tutela: «opt out» y procesos modelo», en *Las transformaciones del proceso civil* (Herrero Perezagua, Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 136].

La eficacia de la sentencia *de fondo* relativa a la acción colectiva de cesación en el proceso por acción individual del consumidor es cuestión controvertida en la doctrina científica y en la práctica judicial. No en vano, la respuesta a dicha cuestión —que no la solución definitiva a un tema que es complejo— comporta un posicionamiento previo sobre el *objeto del proceso* (de cada uno de esos procesos), así como sobre sendos preceptos contenidos en los artículos 221 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En lo que al objeto del proceso se refiere, a estas alturas del debate es meridianamente claro que no concurre identidad objetiva entre la acción colectiva de cesación y la de nulidad (por abusividad) entablada por el consumidor. La singular configuración de las acciones colectivas (*carácter abstracto y preventivo, legitimación*, *interés, accionabilidad*) se traduce en la disparidad, siquiera parcial, de los elementos identificadores de la acción (sujetos*, petitum* y causa de pedir), lo que comporta la exclusión, en principio, de la cosa juzgada.

Pero aun siendo diferentes las acciones colectiva e individual, no puede negarse la distorsión que provoca el tenor del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo apartado 3 sanciona, de forma expresa, que «*la cosa juzgada afectará… a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley*».

La controversia sobre el sentido y alcance de este precepto deriva, en parte, de la tramitación parlamentaria de la Ley —incluida la corrección de errores del texto publicado en Boletín Oficial del Estado— que no permite extraer una conclusión rotunda sobre el supuesto al que el legislador quiso extender la eficacia de cosa juzgada que proclama (¿legitimación extraordinaria *ex* art. 11 *versus* legitimación indirecta *ex* art. 10 II?)[8] y, en parte, porque se ha sostenido la interpretación de este precepto en correlación con aquel otro de la misma Ley que autoriza al tribunal sentenciador la extensión *ultra* partes de los efectos del pronunciamiento de ilicitud o la declaración de contrariedad a Derecho de una actividad o conducta (art. 221.1-2ª)[9], en cuyo caso, incluso se ha apuntado la antinomia normativa que

8. v. De la Oliva Santos, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 188 y 189, y Tapia Fernández, I., «Artículo 222. Cosa juzgada material», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento* Civil (Cordón/Armenta/Muerza/Tapia, Coords.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, Vol. I, p. 815.

9. Como acertadamente ha puesto de manifiesto Calderón Cuadrado —aunque en relación con la eficacia de cosa juzgada que sostiene—, la declaración judicial a la que se refiere el art. 221.1-2ª consiste en negar la conformidad a la ley de cierta actividad o conducta, de suerte que, cualquier otro objeto mediato del *petitum* no tiene cabida en la norma. De ahí, su inaplicación a la acción meramente declarativa de que una cláusula contractual constituye una condición general de la contratación *ex* art. 12.4 de la LCGC [Calderón Cuadrado, M.ª P., *Tutela civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 475].

ambos preceptos encierran.[10] A mayor abundamiento, la interpretación conjunta de ambos preceptos, unida al principio de protección del consumidor que inspira el denominado «*derecho de consumo*» ha permitido sostener la eficacia de cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva (*secundum eventum litis*)[11]. Otros autores, en cambio, sostienen la eficacia de cosa juzgada cualquiera que sea el sentido de la sentencia dictada en el proceso por acción colectiva[12].

Trascurridas casi dos décadas desde la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, confieso no tener una conclusión definitiva sobre el sentido y alcance del artículo 222.3 (párrafo primero, segundo inciso). Pero sí creo tener claro que la eficacia *ultra partes* de la declaración de ilicitud o no conformidad a Derecho de una determinada actividad o conducta *ex* artículo 221.1-2ª, no entraña, en puridad, extensión de la cosa juzgada, así como que los «*efectos procesales*» a los que se refiere este precepto no se refieren a dicha institución. Considero más bien, que la eficacia de la declaración de ilicitud —o de contrariedad a Derecho— no es otra que la eficacia jurídico-material (*constitutiva*) propia de las sentencias anulatorias[13]; en la materia que nos ocupa, de la eficacia de la nulidad de una condición general de la contratación por abusiva.[14]

Por otra parte, uno de esos efectos procesales a los que se refiere el artículo 221, diferente de la cosa juzgada, bien podría ser la exoneración de la carga de la prueba de un hecho jurídicamente relevante que, precisamente por ser antecedente lógico de aquello que pretende el consumidor, debería éste probar con arreglo a las normas generales sobre carga de la prueba (art. 217.2 LEC), tanto si el consumidor impetra una tutela jurisdiccional declarativa como si se opone a la concesión de la tutela ejecutiva solicitada por el empresario (arts. 557.1-7ª y 695.1-4ª LEC).[15]

---

10. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Cláusula suelo y cosa juzgada», en *El Confidencial*, de 30 de enero de 2017 (disponible en https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2017-01-30/clausulas-suelo-y-cosa-juzgada-hipotecas-juzgado-notario-jefes-casa-vivienda_1323358/).

11. CACHÓN CADENAS, M., y REYNAL QUEROL, N., «Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2015-2, pp. 438 y ss.

12. DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, op. cit., pp. 187 y 188, y «Artículo 222. Cosa juzgada material», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento* Civil (con Díez-Picazo/Vegas/Banacloche), Civitas, Madrid, 2001, p. 402; ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución,* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 72; y PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 217 y ss.

13. TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* op. cit, Vol. I*,* p. 809*;* PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español*, op. cit., pp. 214 y ss.; y AGUILERA MORALES, *Articulación procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión*, op. cit., apartado 2.1, en n. 3.

14. Comparte la naturaleza constitutiva del supuesto que contemplamos GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas,* Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 20.

15. Respecto de la regla 2ª del artículo 221.1 se expresa Armenta Deu en los siguientes términos: «Parece, por tanto, que únicamente se podrá hacer valer de manera vinculante la declaración de ilicitud de la conducta dañosa en un

En el contexto que nos ocupa se inscribe la litigiosidad que ha desencadenado el pronunciamiento de nulidad de la cláusula suelo contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (*nulidad por falta de transparencia*)[16] y su eficacia en los procesos entablados por los consumidores en reclamación de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades condenadas. A este respecto, me parece relevante el trasfondo procesal de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, que en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal «*valida*» la *ratio decidendi* del tribunal de apelación sobre la *carencia sobrevenida de objeto* respecto de la acción de nulidad de la cláusula suelo ejercitada por el consumidor frente a una de las entidades condenadas en aquella sentencia de 9 de mayo de 2013:

> «***5.*** *Continuando con el anterior discurso lógico se ha de convenir que la cláusula suelo del préstamo a interés variable cuya nulidad interesan los actores de esta litis es idéntica a las que fueron objeto de la acción de cesación y en el marco de un contrato celebrado precisamente con una de las entidades demandadas, a saber, BBVA.*
> ***6.*** *Es por todo ello que la Sentencia recurrida concluye, como hemos recogido en el resumen de antecedentes, que la cláusula del contrato suscrito entre BBVA y los actores es nula, afirmándose en este extremo que puede declararse que existe carencia sobrevenida del objeto. A tal conclusión llega en atención a la: i) identidad de la misma con las relativas a las de tipos de interés que fueron declarados nulos por la sentencia de 9 de mayo de 2013; ii) que, tras la firmeza de esta sentencia, el BBVA devino condenado a su eliminación; iii) a que tal declaración y condena, con cita de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012, surte efectos para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación.*»[17]

Aunque sea a remolque de la *ratio decidendi* de la sentencia dictada en segunda instancia, es meridanamente claro que la Sala Primera del Tribunal Supremo avala que la declaración de nulidad de una condición general de la contratación priva de *interés* al consumidor para pretender la nulidad por abusividad de esa misma condición ya anulada y respecto de la misma entidad de crédito, lo cual habría de comportar, bien la extinción anticipada del proceso (cfr. art. 22, apartados 1 y 2 LEC), bien —como en el caso de autos— su continuación con una única cuestión controvertida, cual es, la eficacia temporal —que no la «retroactividad»— de la restitución al consumidor de las cantidades indebida-

---

proceso posterior si la sentencia del proceso colectivo así lo determina expresamente. De lo contrario, su valor se reduciría al de mero hecho jurídico, que el juez del segundo proceso sería libre de valorar con arreglo a su particular criterio» (Armenta Deu, *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, op. cit., p. 93).

16. STS, Sala Primera (Pleno), Núm. 241/2013, de 9 de mayo (Roj: STS 1916/2013).

17. STS, Sala Primera (Pleno), Núm. 139/2015, de 25 de marzo (Roj: STS 1280/2015).

mente cobradas en virtud de la cláusula suelo que había sido declarada nula. Cuestión esta de la eficacia temporal que la Sala Primera resuelve en el marco del recurso de casación tras descartar la concurrencia de un óbice procesal (*non bis in ídem*) en la sustanciación de la acción individual.

Como quiera que tanto el tribunal de apelación como la Sala Primera del Tribunal Supremo invocan en apoyo de la eficacia general de la sentencia estimatoria de la acción de cesación de una condición general, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 2012 (caso Invitel), estimo conveniente hacer algunas consideraciones sobre esta sentencia y sobre la configuración legal del régimen de concurrencia de las acciones colectivas e individuales de los consumidores.

Dejando a salvo un primer pronunciamiento sobre la competencia del órgano jurisdiccional nacional para apreciar el carácter abusivo de una condición general de la contratación y sobre los parámetros a los que debe atenerse dicho control, en lo que ahora nos interesa, la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Invitel contiene un segundo pronunciamiento que declara que la *Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (art. 6.1 en relación con el art. 7, apartados 1 y 2) debe interpretarse en el sentido de que:

— no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación;
— *cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales de la contratación, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula.*[18]

La eficacia *ultra partes* de la declaración nulidad de una condición general de la contratación «*de conformidad con el Derecho nacional*», que según el Tribu-

18. STJUE (Sala Primera), de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság e Invitel Távközlési Zrt.

nal de Justicia consiente la Directiva 93/13, se refiere a la previsión contenida en el artículo 209/B del Código Civil húngaro, que de forma expresa dispone que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva por el órgano jurisdiccional surtirá efectos con respecto a todas las personas que hayan contratado con el profesional que aplique dicha cláusula. Sabido es, sin embargo, que el Derecho español no cuenta con una norma semejante, ni en las normas generales de la contratación civil y mercantil (Código Civil y Código de Comercio), ni en las normas sectoriales del «*Derecho de consumo*» (Ley de Condiciones Generales de la Contratación y Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Por lo que entiendo que nada soluciona la Sentencia del caso Invitel en el debate sobre la yuxtaposición en el sistema procesal español de la acción colectiva de cesación y la individual del consumidor, máxime cuando la norma que pudiera amparar esa eficacia general de la sentencia estimatoria de la acción colectiva no es sustantiva sino procesal —art. 221.1-2ª de la LEC— y contempla dicha eficacia, precisamente, «*conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios*» (con lo que entraríamos en bucle —permítasenos la expresión—). Estimo, por tanto, que la invocación de la doctrina del caso Invitel es inocua para solucionar la indefinición que contiene el sistema procesal español sobre la eficacia de la sentencia sobre una acción colectiva en el proceso por acción individual del consumidor.

Por lo que respecta a la articulación —entiéndase teórica— de las acciones colectivas y las individuales de los consumidores, el Tribunal de Justicia ha reiterado que dichas acciones tienen «*en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes*», entre los que destaca, señaladamente, el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de la acción de cesación que abonan que pueda ser ejercitada incluso cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados[19], sino que hayan sido únicamente recomendadas por los profesionales o sus asociaciones[20]. Ambos caracteres es obvio que no concurren en las acciones que pueden entablar los consumidores, que carecen de legitimación para impugnar un clausulado abusivo que no se haya incorporado a los contratos en los que son parte (art. 10 I LEC). El carácter abstracto de la acción de cesación revitaliza la precisa determinación por el tribunal sentenciador de la eficacia de la condena a cesar en una actividad o conducta respecto de indeterminados consumidores —en la línea exigida por la LEC (art. 121.1-2ª)—, según que el empresario o profesional haya hecho un uso «efectivo» o «potencial» de la condición general de la contratación controvertida en el proceso.

---

19. STJUE (Sala Primera), de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság e Invitel Távközlési Zrt, apartado 37; en el mismo sentido, con anterioridad, STJCE de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 27.

20. STJCE (Sala Quinta), de 24 de enero de 2002, asunto C-372/99, Comisión contra Italia, apartado 15.

Sobre la base de que las acciones colectivas y las individuales tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, el Tribunal de Justicia ha considerado —en el caso Sales Sinúes— «*que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13*».[21]

Al fin, concluye el Tribunal de Justicia que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer, en virtud del principio de autonomía procesal, las reglas que disciplinan las relaciones entre las acciones colectivas y las individuales previstas en la Directiva 93/13. Pero esta autonomía no significa que el legislador tenga libertad absoluta para configurar dichas reglas, pues en la configuración de dichas relaciones han de respetarse dos límites: *(i)* las reglas que establezcan los Estados no pueden ser menos favorables que las que disciplinan situaciones similares sometidas al Derecho interno (*principio de equivalencia*) y *(ii)* no pueden impedir o dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los consumidores (*principio de efectividad*)[22]. A este respecto, conviene no perder de vista que la entrada en escena del principio de autonomía procesal de los Estados miembros obedece —tal y como recuerda el Tribunal de Justicia— a la falta de armonización de los medios procesales que regulan las relaciones entre las acciones colectivas y las acciones individuales previstas por la Directiva 93/13, lo cual permite vislumbrar que futuras regulaciones de la Unión pueden incidir en cómo los Estados miembros deben articular el ejercicio de ambas acciones y la eficacia de unas sobre las otras.[23]

Las consideraciones anteriores despejan la duda de una posible identidad de objetos entre los procesos en los que ser ejercitan acciones colectivas y acciones individuales de los consumidores. Llegados a este punto, procede indagar en el sentido y alcance del precepto contenido en el artículo 222, apartado 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como decíamos, la problemática interpretación de este precepto ha sido constante, aunque se ha recrudecido con particular virulencia a partir de la sentencia estimatoria de la acción de cesación entablada por *Ausbanc Consumo* contra determinadas entidades de crédito

---

21. STJUE (Sala Primera), de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, Sales Sinués y Caixabank, y Drame Ba y Catalunya Caixa, apartado 30.

22. *Ibídem.,* apartado 32.

23. Tal es la eficacia que se infiere de las «resoluciones definitivas» en 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 2099/22/CE*, COM(2018) 184 final; concretamente, en su artículo 10.

respecto de la *cláusula suelo* inserta en contratos de préstamos con garantía hipotecaria (STS 241/2013, de 9 de mayo) y la posibilidad de que dicha sentencia pudiera desplegar eficacia de cosa juzgada en los procesos entablados por consumidores, solicitando la declaración de nulidad de la condición general mediante la que dicha cláusula se insertó en «sus» contratos y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la misma.

Sobre este particular, reiteradas son las resoluciones en las que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha negado la eficacia de cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva de cesación; y tanto desde la perspectiva de la función negativa o excluyente de la cosa juzgada como de la función positiva o prejudicial.

Desde la óptica de la función negativa de la cosa juzgada (*non bis in ídem*), la Sentencia de 24 de febrero de 2017 niega la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que declaró la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia con tres argumentos: *(i)* la redacción de la cláusula controvertida en el proceso entablado por el consumidor tenía una redacción diferente a la que fue objeto de la Sentencia 241/2013; *(ii)* la entidad demandada en el proceso *a quo* —BBVA— que fue parte en ambas instancias en virtud de «*una doble sucesión procesal*», no fue quien predispuso e impuso en el contrato de préstamo la cláusula litigiosa; y *(iii)* las acciones colectivas y las acciones individuales tienen «objetos y efectos jurídicos diferentes».[24]

Aunque compartimos la decisión de la Sala Primera, desestimatoria de la excepción de cosa juzgada hecha valer por la entidad recurrente en casación que fue condenada a cesar en la utilización de la cláusula suelo en un proceso anterior (BBVA), la razón decisiva en la desestimación del óbice procesal alegado fue la diferente redacción de la cláusula controvertida, pues como puso de manifiesto la Sala Primera en la Sentencia 241/2013, y reiteró en la Sentencia 139/2015, de 25 de marzo, «*los efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. Es decir, los efectos de la sentencia 241/2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos*» (STS 123/2017, Fundamento de Derecho Tercero, 1. En efecto, si la cláusula contractual controvertida en el proceso *a quo* tiene una redacción diferente a la declarada nula en un proceso anterior huelga cualquier consideración ulterior sobre la existencia del óbice procesal alegado por la entidad demandada (*non bis in ídem*), cuya concurren-

24. STS, Sala Primera (Pleno), Nº 123/2017, de 24 de febrero (Roj: STS 477/2017).

cia no puede concluirse *por aproximación* o *similitud* entre las cláusulas controvertidas en los procesos que se suceden en el tiempo (ni siquiera respecto de una misma entidad demandada).

Por su parte, respecto de la sucesión procesal invocada por la Sala Primera, no tenemos por menos que poner de manifiesto el notable error en que incurre el Tribunal. Por una parte, al considerar que en el supuesto de autos se había producido «una doble sucesión procesal», cuando en realidad la primera sucesión entre entidades de crédito se produjo con anterioridad a la presentación de la demanda (la Caixa D´estalvis Comarcal de Manlleu —predisponente— se fusionó con otras cajas de ahorro en Unnim Banc S.A.) y solo la segunda fue sucesión procesal y para la interposición del recurso de casación (BBVA sucedió a Unnin Banc). Y, por otra parte, al hacer la Sala Primera una consideración sobre el alcance de la sucesión procesal en el ámbito de las condiciones generales de la contratación que, como mínimo, genera desconcierto. Según expresa la sentencia: «*En principio, en caso de sucesión procesal podría darse la identidad subjetiva entre causahabientes a que se refiere el art. 222.3 LEC, pero en supuestos, como el presente, de condiciones generales de la contratación, no puede apreciarse tal identidad si el predisponente no es el mismo, ni fue quien utilizó la cláusula que se ha declarado nula en pronunciamiento firme no discutido ya en este recurso de casación*» (STS 123/2017, Fundamento de Derecho Tercero, 2).

Además del desenfoque que supone invocar la extensión a los causahabientes de la cosa juzgada en el marco de la sucesión procesal (no en vano, la sucesión procesal del causante aboca a la intervención en el proceso de los causahabientes *ex* art. 16 LEC), no deja de ser inquietante el punto de inflexión que la Sala Primera atribuye a la condición de «*predisponente*» de una condición general de la contratación, como si de una cualidad personalísima se tratase y fuese impermeable a la sucesión procesal (¡!)[25]. Afortunadamente, esta razón jurídica que esgrimió la Sala Primera en la sentencia que consideramos ha desaparecido en resoluciones posteriores en las que también concurrían supuestos de sucesión procesal entre entidades de crédito; sentencias en las que, de forma escueta, la Sala Primera se limita a decir quién fue la entidad predisponente y quién resulta ser litigante en las diversas instancias y recursos extraordinarios, sin ni siquiera explicitar el momento concreto en que se produjo la sucesión (ya material, ya procesal).

Por último, en cuanto a la diferencia de objetos y efectos de las acciones colectivas y las acciones individuales, la Sala Primera se extiende en unas considera-

25. Al respecto, v. las consideraciones de Bonachera Villegas, R., *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 119.

ciones generales que incluyen la reproducción de la doctrina del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional sobre la situación de coexistencia temporal de procesos por acciones colectivas y por acciones individuales de los consumidores (STJUE de 14 de abril de 2016 y STC 148/2016); situación jurídica netamente diferenciada de la cuestión empeñada en el recurso de autos (procesos sucesivos y *non bis in ídem*).

Tras la exposición de las citadas consideraciones generales, la Sala Primera aborda la cuestión de la posible eficacia de cosa juzgada de la sentencia sobre una acción colectiva —en su vertiente positiva o prejudicial— en el proceso entablado por el consumidor. Cuestión que el Tribunal acomete desde la premisa de «*que el llamamiento que se les hace* (a los consumidores) *conforme al art. 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley*»; y estimando a renglón seguido, que «*una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción de cesación afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1ª LEC.*» (Fundamento de Derecho Tercero, 4).

Aunque ciertamente, la doctrina procesal se haya dividida sobre el sentido y alcance del artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sobre su interpretación a la luz del artículo 221.1-2ª, me parece evidente que el llamamiento del artículo 15 de dicha Ley no es base suficiente para concluir sobre la extensión de la cosa juzgada a los consumidores no litigantes; pero no lo es, por la poderosa razón —que la Sala Primera silencia— de que este artículo no es de aplicación a la acción colectiva de cesación (art. 15.4 LEC), que es la ejercitada comúnmente por las asociaciones para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores respecto de las condiciones generales de la contratación, y cuya decisión hizo valer la entidad demandada en el caso de autos como óbice para la sustanciación de la acción de nulidad por abusividad entablada por el consumidor (*non bis in ídem*).

Por lo demás, aunque pueda compartirse la conclusión que reitera la sentencia de que «*el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada […] debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción*», la Sala Primera no termina de clarificar cuál es la relación que media entre los artículos 222.3 y 221.1-2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil; artículos que el Tribunal Supremo invoca alterando el orden en que se disponen en la Ley, que dicho sea de paso no es irrelevante, pues la Ley, en primer término, impone al juzgador la determinación del alcance de la declaración de ilicitud o contrariedad a Derecho de una conducta (art. 221.1-2ª LEC), y luego, en segundo término, san-

ciona la afectación de la cosa juzgada a los sujetos no litigantes (art. 222.3 LEC).

Tras culminar el desarrollo de los tres argumentos que enunciamos al principio, la Sala Primera (Pleno) concluye que en el caso concreto enjuiciado no produce efectos de cosa juzgada la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, dictada por la misma Sala Primera (Pleno).

Las consideraciones generales sobre las diferencias que separan las acciones colectivas y las individuales de los consumidores, así como la doctrina jurisprudencial sobre la cosa juzgada contenidas en la Sentencia de 24 de febrero de 2017, se reiteran también en sentencias posteriores de la Sala Primera, cuyos casos tienen de común denominador el planteamiento por la entidad demandada de la excepción de cosa juzgada respecto de la Sentencia 241/2013 y consiguiente solicitud de sobreseimiento del proceso por acción individual.[26]

Para concluir, expresaré mi opinión sobre el sentido y alcance del artículo 222, apartado 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el inciso que se refiere a la afectación de la cosa juzgada «*a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley*». Creo que el precepto es de aplicación a las acciones colectivas indemnizatorias, tanto si los consumidores o usuarios afectados están perfectamente determinados o son fácilmente determinables (art. 11.2 LEC) como si son indeterminados (art. 11.3 LEC). Con rotundidad, así lo estimo en lo que atañe a la declaración de responsabilidad del empresario, cualquiera que sea el sentido de la resolución. Y respecto de los pronunciamientos de condena, entiendo que la cosa juzgada afectará a los indeterminados consumidores que resulten favorecidos por una condena de contenido estandarizado, como la que ratificó la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de julio de 2010.[27]

---

26. SSTS, Sala Primera, Nº 357/2017, de 6 de junio (Roj: STS 2249/2017), Nº 423/2017, de 5 de julio (Roj: STS 2791/2017) y Nº 478/2017 (Roj: STS 3035/2017), Nº 486/2017 (Roj: STS 3028/2017) y Nº 487/2017 (Roj: STS 3036/2017), de 20 de julio. En los recursos planteados, la invocación de la cosa juzgada tuvo lugar en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, o en el marco del recurso de casación a raíz del trámite de audiencia conferido a la entidad demandada con motivo de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, acumulados, Gutiérrez Naranjo y otros), aunque en la Sentencia 487/2017 se deja constancia del aquietamiento de la entidad demandada ante la desestimación en las respectivas instancias del óbice procesal invocado al no haber formalizado el recurso extraordinario por infracción procesal.

27. STS, Sala Primera, Nº 473/2010, de 15 de julio de 2010 (Roj: STS 4717/2010). Un extenso y atinado comentario de esta sentencia lo acomete Gascón Inchausti, F., «Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (Algunas consideraciones a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010)», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-6, pp. 51 a 73.

4. La eficacia prejudicial de la declaración de abusividad por falta de transparencia de una condición general de la contratación

En el espinoso tema de la vinculación de procesos por acciones colectivas e individuales de los consumidores, la Sala Primera (Pleno) dio un paso más en la Sentencia de 8 de junio de 2017[28]. Como en el caso contemplado en la Sentencia de 24 de febrero de ese mismo año, esta sentencia fue dictada en un proceso entablado por el consumidor frente a una entidad de crédito en el que solicitaba la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula suelo y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de aquélla. Pero a diferencia del aquel caso, en éste, lo que el banco demandado hizo valer fue la irrelevancia de la sentencia que declaró la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia y que le condenó a cesar en su utilización (STS 705/2015, de 23 de diciembre). La línea defensiva del banco era evidente: dado que la doctrina jurisprudencial ya había rechazado excluir la sustanciación de la reclamación del consumidor con apoyo en la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que estimó la acción de cesación (*non bis in ídem*), ahora lo que pretendía era la irrelevancia para la decisión del recurso de la sentencia dictada en su contra y la confirmación de la denegación de la declaración de nulidad que acordó el tribunal de segunda instancia atendiendo a las circunstancias particulares del caso planteado.[29]

Tras reconocer la Sala Primera que la «eficacia *ultra partes*» de las sentencias dictadas en los litigios en que los que se ejercitan las acciones colectivas es problemática, el Tribunal se adentra en el análisis de varios presupuestos que considera fundamentales para dilucidar la cuestión sometida a su consideración, a saber: *(i)* la diferente naturaleza y configuración de las acciones individuales y colectivas, que tienen «objetos y efectos diferentes»; *(ii)* la función tuitiva de la acción colectiva, que se vería frustrada si el éxito de una acción colectiva careciera de cualquier trascendencia en los procesos pendientes o futuros en los que se ejercitara la acción individual respecto de la cláusula controvertida; razón esta que abona la extensión *ultra partes* de los efectos de la sentencia[30]; y, *(iii)* la singularidad del control de transparencia de las cláusulas

28. STS (Pleno), Nº 367/2017, de 8 de junio (Roj: STS 2244/2017).

29. Según relata la sentencia, esas circunstancias particulares eran las siguientes: a) que la redacción de la cláusula controvertida (cláusula suelo) no era especialmente oscura ni compleja, y que su contenido resultaba accesible para una persona de cultura media sin necesidad de complicadas interpretaciones; b) que paralelamente a la suscripción del préstamo hipotecario, el consumidor suscribió también un contrato de permuta financiera de tipos de interés, vinculado inescindiblemente al préstamo hipotecario e impugnado ante otro juzgado por vicio del consentimiento, y c) que el préstamo también fue suscrito por el marido de la demandante que trabajaba en una empresa que asesoraba a empresas que querían establecerse en Méjico (Fundamento de Derecho Primero).

30. Sobre este particular, el Tribunal Supremo reitera la doctrina sentada en las sentencias que invoca: «*…hemos afirmado en las sentencias 401/2010, de 1 de julio, y 241/2013, de 9 de mayo (en lo sucesivo nos limitaremos a citar-*

sobre elementos esenciales del contrato[31], que al unísono debe tomar como referencia, de un lado al consumidor medio, y de otro lado, la conducta estándar del predisponente en el suministro de la información necesaria para que el consumidor conozca la existencia de la cláusula y su trascendencia en el contrato, concretamente, su incidencia en el precio.

Y tomando en consideración estos criterios, la Sala Primera esboza una doctrina jurisprudencial que, por una parte, conmina al juez a secundar el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en la sentencia estimatoria de la acción colectiva de cesación y, por otra parte, le relega de secundar dicha apreciación «*cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual*».[32]

La conclusión a la que nos aboca esta doctrina jurisprudencial de la Sala Primera es que el control de transparencia de las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato (cláusulas suelo, IRPH[33], moneda extranjera *de pago*[34]) presenta una singularidad muy notable que no solo se manifiesta en el ámbito

---

la como sentencia 241/2013), que la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Esta presente un interés ajeno que exige la extensión de sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas y, consecuentemente, la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme» (Fundamento de Derecho Segundo, 6).

31. Al respecto, el Tribunal Supremo se expresa en los siguientes términos: «*En la sentencia 241/2013, de modo similar a lo dicho en la sentencia 401/2010, de 1 de julio, declaramos que el casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información llevaba a ceñir los efectos de tales sentencias (que resolvían sobre acciones colectivas) a quienes ofertaran en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallaran completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.*» (Fundamento de Derecho Segundo, 8).

32. STS, Sala Primera (Pleno) Nº 367/2017, de 8 de junio, cit., Fundamento de Derecho Segundo, 10.

33. La STS, Sala Primera (Pleno) Nº 669/2017, de 14 de diciembre de 2017, ha considerado que la cláusula que referencia el interés remuneratorio de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria al IRPH supera el control de transparencia, en particular por tratarse de un índice oficial, quedando excluido del control de contenido o abusividad al afectar a un elemento esencial del contrato (precio). No obstante, al tiempo de suscribir estas líneas están pendientes varias cuestiones prejudiciales que, directa o indirectamente, cuestionan la compatibilidad de la Directiva 93/13, con la doctrina del Tribunal Supremo sobre la transparencia del citado índice y su exclusión del ámbito del control de abusividad (C-125/18, asunto Gómez del Moral Guasch/Bankia; C-283/18, asunto Moya Privitello y Martín Durán/Caja Rurales Unidas; C-358/18, asunto Cardus Suárez/Catalunya Caixa).

34. Sobre la diversa funcionalidad de la moneda extranjera en el seno del contrato, según sea *moneda de cuenta* o *moneda de pago*, v. STJUE (Sala Segunda), de 20 de septiembre de 2017 (C-186/18, Andriciuc y otros), así como la STS, Sala Primera (Pleno), Nº 608/2017, de 15 de noviembre, que declaró la abusividad de la cláusula multidivisa inserta en un contrato de préstamo hipotecario (Roj: STS 3893/2017). Un comentario de ambas sentencias puede verse en Senés Motilla, C., «Control de transparencia de las cláusulas sobre moneda extranjera en los contratos de crédito: implicaciones sustantivas y procesales», en *III Encuentro anual sobre Jurisprudencia europea del Centro Español del European Law Institute,* Editorial Jurídica Sepín, Madrid, 2019 (en prensa).

sustantivo (la controvertida configuración del control de transparencia como un «*tercer control*», a medio camino entre los controles de inclusión y de contenido, así como la no menos controvertida consecuencia jurídica que depara la falta de transparencia —¿viabilidad del control de contenido o abusividad «*directa*»?[35]—, sino también en la esfera procesal, en la que la declaración de nulidad por falta de transparencia vincula al juez que conoce de la acción entablada por el consumidor. Vinculación que en pura regla no es sino la eficacia prejudicial que despliega la sentencia *de fondo firme* pero que opera al margen de la cosa juzgada, y que precisamente en virtud de esta exclusión (de la cosa juzgada) permite, *a priori,* la sustanciación de la acción individual del consumidor (exclusión del *non bis in ídem*) y, *a posteriori*, la desestimación de la pretensión del consumidor que hubiera tenido cabal conocimiento de la carga jurídica y económica que comportaba la cláusula controvertida.

En definitiva, nos encontramos ante una realidad jurídico-procesal con perfiles propios, a medio camino entre la cosa juzgada y la presunción judicial; o si se prefiere, ante una cosa juzgada singular *por disminuida*[36]*,* que obliga al juzgador a tomar en consideración todos los factores que atañen al control de transparencia y a sentenciar conforme al resultado de aquél; resultado que lejos de ser *predeterminado* en beneficio del consumidor, bien podrá deparar la desestimación de su pretensión.[37]

---

35. Sobre el particular, v. Cañizares Laso, A., «Condiciones generales de la contratación y control de incorporación, información y transparencia», en *Guía sobre contratación bancaria de productos complejos* (Sanjuán y Muñoz, Coord.), Sepín, Madrid, 2015, pp. 330 y ss.; *Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo*, op. cit., pp. 92 y ss., y *Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016*, op. cit., pp. 108 y ss.; y Moreno García, L., *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, op. cit., pp. 118 y ss.

36. En el mismo sentido, Martín Pastor habla de «relativa eficacia positiva o prejudicial» de la cosa juzgada (Martín Pastor, J., «La eficacia de cosa juzgada de las sentencias dictadas en los procesos colectivos: previsiones legislativas, e interpretación y aplicación jurisprudencial», en *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 443). Por su parte, sobre la problemática que comportan los pronunciamientos sobre la abusividad de una condición general de la contratación en el marco de los distintos procedimientos, v. Herrero Perezagua, J. F., «Extensión, límites y efectos de las resoluciones civiles según la interpretación jurisprudencial europea», en *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, op. cit., pp. 209 y ss.

37. Al respecto, el Tribunal Supremo se hace eco de la consideración vertida en la Sentencia 241/2013 de que «*la falta de transparencia no supone que [las condiciones generales] sean desequilibradas*», y tras reproducir la doctrina del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14, Banco Primus) abunda en las consecuencias que depara la falta de transparencia de una condición general de la contratación en los siguientes términos: «*…esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a que el consumidor no pueda hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden tener en su posición económica o jurídica en el desarrollo del contrato, las mismas pueden no tener efectos negativos para el adherente*»; si bien a renglón seguido, la Sala Primera concluye, que ese no es el supuesto de las llamadas cláusulas suelo, en las que «*la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá* [al consumidor] *obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.*» (Fundamento de Derecho Sexto, apartado 25).

La doctrina de la Sala Primera sobre la eficacia de la sentencia que declara la abusividad de una condición general de contratación por falta de transparencia se reitera también en las Sentencias de 7 y 24 de noviembre de 2017 que fueron dictadas respecto de la misma cláusula contractual y frente al mismo banco; sentencias en las que de forma gráfica, el Tribunal expresa que la exclusión de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia sobre una acción colectiva en el proceso entablado por el consumidor «*no quiere decir que el pronunciamiento de la sentencia 705/2015* (que declaró la abusividad de la cláusula suelo por falta de transparencia) *no surta ningún efecto en este procedimiento*».[38]

Como conclusión, quiero reiterar la singularidad que comporta el control de transparencia de una condición general de la contratación relativa a un elemento esencial del contrato (precio), con manifestaciones en los ámbitos sustantivo y procesal, así como la necesidad de evitar su extrapolación a otras materias, ya sea en el ámbito de la contratación civil y mercantil, ya en el de la responsabilidad extracontractual. En particular, en materia de condiciones generales de la contratación notoria es la inaplicación de esta doctrina jurisprudencial al control de inclusión y al «*genuino*» control de contenido o de abusividad, esto es, al que versa sobre cláusulas predispuestas en contratos con consumidores de carácter accesorio (intereses de demora, vencimiento anticipado, gastos por la constitución de garantías reales, costas procesales…), en los que la declaración judicial de no incorporación al contrato o de abusividad surtirá los efectos generales que comporta la declaración de nulidad.[39]

---

38. SSTS (Sala Primera), Nº 593/2017, de 7 de noviembre (Roj: STS 3919/2017) y Nº 643/2017, de 24 de noviembre (Roj: STS 4092/2017).

39. Estudio realizado en el marco del proyecto «*Asignaturas pendientes del sistema procesal español*» (DER2017-83125-P) y de la *Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva»* (DER2016-81752-REDT), financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España); cofinanciados con FEDER.

2 | El procedimiento arbitral de consumo tras la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo

Esther Pillado González
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

SUMARIO: I. Los medios alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo: 1.1. El impulso de los ADR en materia de consumo; 1.2. Sistema arbitral de consumo. II. La Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. III. Incidencia de la Ley 7/2017 en el procedimiento arbitral de consumo: 3.1. Voluntariedad del procedimiento; 3.2. Formalización de la voluntad de las partes en el convenio arbitral; 3.3. Gratuidad del procedimiento arbitral; 3.4. Duración del procedimiento arbitral; 3.5. Decisión en equidad del procedimiento arbitral; 3.6. Motivos de inadmisión a trámite de las solicitudes de arbitraje. IV. Bibliografía.

I. Los medios alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo

1.1. El impulso de los ADR en materia de consumo

Las características propias de los conflictos que enfrentan a consumidores o usuarios con empresarios han llevado a buscar vías alternativas al proceso ju-

dicial con el objeto de facilitar el acceso a vías ágiles, eficaces y poco costosas de resolución de este tipo de controversias[1].

Un impulso importante para la regulación de los ADR en materia de consumo ha venido de la mano de la Unión Europea que desde la aprobación, en 1975, del *Primer Programa para una política de protección y de información de los consumidores*[2], ha ido desarrollando toda una serie de normas de diverso carácter con el objeto de dar una protección adecuada a los consumidores en el ámbito comunitario; un eje esencial de esa especial tutela que debe darse a los consumidores es precisamente el desarrollo de los ADR[3].

Relevancia especial, en relación al objeto de estudio, tiene la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de abril de 2011, titulada «Acta del Mercado Único (Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza)», en cuanto identificó la legislación sobre resolución alternativa de litigios de consumo, incluidos los derivados del comercio electrónico, como uno de los obstáculos para la consecución del fin perseguido. Con el objetivo de contribuir a alcanzar esta finalidad y mantener un alto nivel de protección del consumidor, se aprueba la *Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*; como se apunta de forma expresa en su considerando 15, «El desarrollo en la Unión de un sistema adecuado de resolución alternativa de litigios es necesario para reforzar la confianza de los consumidores en el mercado interior, incluido el ámbito del comercio en línea, y para desarrollar plenamente el potencial y las oportunidades del comercio transfronterizo y en línea»[4].

---

1. En concreto, la habitual desproporción entre el valor económico de la reclamación y el coste del proceso, la excesiva duración de la tramitación judicial y su complejidad técnica así como la desigualdad entre las partes del conflicto desaconsejan la vía jurisdiccional para la resolución de estas controversias. *Vid.* BARONA VILAR, S., *Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y futuro*, en «Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» (coord. Barona Villar), Valencia, 2003, pp. 31 y 32.

2. DO nº C 92 de 25 de abril de 1975.

3. Entre las iniciativas europeas tendentes a la promoción y desarrollo de los ADR en el ámbito de consumo, destacan la *Recomendación 98/257/CE de la Comisión,* de 30 de marzo de 1998, *relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo* (DO L 115 de 17 de abril de 1998)*,* y la *Recomendación 2001/310/CE de la Comisión,* de 4 de abril de 2001, *relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo* (DO L 109 de 19 de abril de 2001), en cuanto se fomentan los medios alternativos a la jurisdicción y se establecen una serie de principios que deben ser respetados en la configuración del órgano encargado de la resolución del conflicto, ya sea un procedimiento consensual o no.

4. Además, la regulación anterior se interrelaciona con el *Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*; su objetivo esencial es proporcionar una plata-

Pues bien, esta Directiva 2013/11 se transpuso a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que, como se verá en las páginas que siguen, incide de forma directa en la regulación del procedimiento arbitral de consumo vigente.

1.2. Sistema arbitral de consumo

La actual regulación del sistema arbitral de consumo es consecuencia del cumplimiento del mandato contenido en el art. 51 CE que obliga a los poderes públicos a garantizar «la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». A partir de la CE, han sido numerosas las normas que se han aprobado para la protección del consumidor; la primera de ellas, que además sentó las bases de otras leyes posteriores, fue la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios; en relación al arbitraje de consumo, en su art. 31 insta al Gobierno para que, previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, establezca el sistema arbitral de consumo. Pero además en este mismo precepto establece las principales características del arbitraje de consumo. Así, por un lado, prevé que el arbitraje de consumo no debe tener formalidades especiales y debe atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas y reclamaciones de los consumidores. Por otro lado, señala que el sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. Y, por último, dispone que los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias[5].

En cumplimiento de lo previsto en las citadas normas, se publicó el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, que en su art. 1 establece que «el sistema arbitral de consumo se rige por

---

forma europea de resolución de litigios en línea que facilite la resolución extrajudicial de litigios entre consumidores y comerciantes en línea de forma independiente, imparcial, transparente, eficaz y equitativa (art. 1).
El ámbito de aplicación del *Reglamento 524/2013* se limita tan solo a los litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea (art. 2); por tanto, quedan excluidos de la utilización de la plataforma los litigios derivados de relaciones de consumo realizadas sin la utilización de medios electrónicos, a los que sí se refiere la *Directiva 2013/11*.

5. Por su parte, la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, en su Disposición Adicional 1ª, dispone la aplicación supletoria de esta Ley al arbitraje previsto en la Ley 26/1984, especificando que el arbitraje de consumo será gratuito y no se precisará la protocolización notarial del laudo. Además, la Disposición Adicional 2ª dispone que «el Gobierno establecerá reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/1984».

el presente Real Decreto» y, supletoriamente, por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

El fundamento de la actual regulación del sistema arbitral de consumo se encuentra en el Real Decreto Legislativo 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 complementaria (en adelante, LGDCU); en su art. 57 LGDCU lo define como «el sistema extrajudicial de resolución de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito».

El sistema arbitral de consumo, está actualmente regulado en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDSAC), que en coherencia con lo establecido en el citado art. 57 LGDCU debe caracterizarse por ser un procedimiento extrajudicial de resolución de las controversias de los consumidores o usuarios, salvo aquellas que versen sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito, que no está revestido de formalidades especiales, y de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes[6]. Supletoriamente, será de aplicación la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre (en adelante, LA).

Finalmente, debe resaltarse que en nuestro sistema arbitral de consumo, la mediación se configura como un trámite propio del procedimiento arbitral, de tal forma que la misma tendrá lugar una vez admitida la solicitud de arbitraje, por lo que únicamente se contempla una mediación integrada en el procedimiento arbitral, es decir, una mediación que constituye una actuación propia de las Juntas Arbitrales de Consumo dentro del Sistema Arbitral de Consumo.

Pues bien, el objeto de las páginas se centra en analizar la incidencia de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, en el procedimiento arbitral de consumo previsto en el RDSAC.

---

6. Pese a la claridad del mandato contenido en el precepto citado, el procedimiento arbitral regulado en el RDSAC está revestido de formalidades que no aportan mayores garantías a las partes; además, el carácter unidireccional del sistema quiebra al permitirse la reconvención del empresario; finalmente, del ámbito de aplicación del RDSAC se excluyen no solamente los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión o muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, en la línea de lo previsto en el art. 57.1 LGDCU, sino también los daños y perjuicios directamente derivados de ellos (art. 2.2.), de tal forma que el RDSAC es más restrictivo que el LGDCU. *Vid.* PITA PONTE, J.Mª., «La implementación del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo», en *Arbitraje y mediación en materia de consumo* (coord. González Pillado), Madrid, 2012, pp. 21 y 22.

II. Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo

El 4 de noviembre de 2017 se publica en el BOE la Ley 7/2017 que transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2013/11, en cumplimiento con la obligación contenida en su art. 25. En cuanto norma que introduce en nuestro derecho la citada Directiva 2013/11, tiene por objeto que las entidades de resolución alternativa de conflictos establecidas en España cumplan los requisitos, garantías y obligaciones exigidas en la misma. Se trata, como señala el art. 1 Ley 7/2017 de «garantizar a los consumidores residentes en la Unión Europea el acceso a mecanismos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo que sean de alta calidad por ser independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos».

La Ley 7/2017 se aplica a «los litigios, de carácter nacional o transfronterizo, surgidos entre un consumidor y un empresario con ocasión o como consecuencia de un contrato de compraventa o de prestación de servicios, celebrado o no a través de internet, independientemente del sector económico al que correspondan. Se incluyen también dentro del ámbito de aplicación de esta ley los litigios derivados de las prácticas comerciales llevadas a cabo por empresarios adheridos a códigos de conducta» (art. 3.1.)[7].

No debe perderse de vista que, al igual que la Directiva 2013/11, la Ley 7/2017 no regula procedimientos alternativos a la vía judicial de resolución y gestión de conflictos de consumo, sino que establece los requisitos necesarios para que una entidad de resolución alternativa de litigios en materia de consumo pueda ser incluida en el listado de entidades acreditadas por cada autoridad competente en el Estado de que se trate. Esto es, la armonización que se pretende con esta Directiva 2013/11 no va a dar lugar a una total uniformidad de entidades y procedimientos de resolución alternativa de conflictos en todo el ámbito europeo.

---

7. El art. 3 Ley 7/2017, dedicado al ámbito de aplicación de la Ley, excluye del mismo: a) La negociación directa entre el consumidor y el empresario. b) Los procedimientos de resolución alternativa de litigios iniciados por los empresarios contra los consumidores. c) Los procedimientos ante sistemas de resolución gestionados por los empresarios u oficinas y servicios de información y de atención al cliente. d) Los litigios entre empresarios. e) Los intentos o actuaciones realizadas en el marco de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el litigio objeto del mismo. f) Las reclamaciones que se refieran a servicios no económicos de interés general. g) Las reclamaciones referidas a servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario con el fin de evaluar, mantener o restablecer el estado de salud de los pacientes, así como la extensión de recetas, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios. h) Las reclamaciones dirigidas a prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior».

Especialmente importante es que los requisitos establecidos en la Directiva 2013/11 sólo serán aplicables a las entidades que sean acreditadas por las autoridades nacionales competentes[8]. Esto no excluye que en cada Estado sigan actuando entidades que no están acreditadas y que, por tanto, no estarán obligadas a cumplir los requisitos y condiciones establecidas por Ley 7/2017.

Pues bien, el Capítulo I del Título I Ley 7/2017, denominado «Requisitos exigibles para la acreditación de las entidades de resolución alternativa», se estructura en tres secciones en las que se agrupan los requisitos exigibles a determinados aspectos de las mismas (arts. 5 a 7), a los procedimientos gestionados por las entidades de resolución alternativa (arts. 8 a 21) y los que se refieren a las personas encargadas de la resolución de los procedimientos gestionados por las entidades de resolución alternativa (arts. 22 a 25).

Además de los requisitos anteriores, relativos a las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo, a los procedimientos gestionados por las mismas y a las personas encargadas de la resolución de los citados procedimientos, tienen especial relevancia las obligaciones de información y transparencia impuestas en los arts. 35 y 38 Ley 7/2017 que requerirán un gran esfuerzo por parte de las entidades para darles debido cumplimiento.

---

8. En España, de acuerdo con el art. 26.1 Ley 7/2017 «Con carácter general para todos los sectores económicos y sin perjuicio de lo establecido en los apartados siguientes, la Presidencia de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición es la autoridad competente para la acreditación de las entidades de resolución alternativa que lo soliciten». Ahora bien, de conformidad con el párrafo segundo del mismo precepto, «Las Comunidades Autónomas, y en su caso las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, podrán designar una autoridad competente para la acreditación de entidades de resolución alternativa establecidas en su ámbito territorial en los siguientes supuestos:
a) Entidades que lleven a cabo procedimientos que finalicen con una decisión no vinculante para las partes, siempre que en su legislación hayan desarrollado la competencia de mediación en materia de consumo.
El lugar de establecimiento de este tipo de entidades se determinará de conformidad con los mismos criterios establecidos en el artículo 5.2.
b) Entidades que tramiten procedimientos administrativos establecidos y desarrollados en su legislación.
La designación por una Comunidad Autónoma de la autoridad competente de acreditación será comunicada a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición».
Ya para sectores específicos, los apartados 3 y 4 del art. 26 Ley 7/2017 señalan lo siguiente: «3. Las autoridades competentes para la acreditación de entidades de resolución alternativa que desarrollen su actividad en el ámbito del sector financiero serán el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, cada una de ellas respecto de los litigios de que conozca la entidad de resolución alternativa del sector financiero con respecto a las entidades sometidas a su supervisión.
La persona titular del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad podrá dictar las disposiciones precisas en relación al desarrollo de la actividad de la autoridad competente de acreditación, inclusión en el listado nacional y control de las entidades acreditadas por esta autoridad para la resolución de litigios en el sector financiero.
4. La autoridad competente para la acreditación de entidades de resolución alternativa de litigios sobre los derechos de los usuarios del transporte aéreo establecidos en la normativa de la Unión Europea será, a todos los efectos previstos en esta ley, la persona titular del Ministerio de Fomento».
Aunque, «la autoridad competente para la acreditación de las entidades de resolución alternativa que gestionen procedimientos con resultado vinculante para el consumidor y que conozcan de reclamaciones de todos los sectores económicos, será la Presidencia de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición» (art. 26.5 Ley 7/2017).

Como ya se apuntó, las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo no están obligadas a acreditarse, aunque del texto de la propia Ley 7/2017 se deriva que el legislador tiene en mente que las Juntas Arbitrales de Consumo sí lo hagan, de ahí que la Disposición Adicional 3ª Ley 7/2017 se refiera a la aprobación de un Plan de ayudas a la gestión para que, entre otras cuestiones, «accedan a la acreditación europea». Además, el art. 6.2 Ley 7/2017 exige para la acreditación de una entidad de resolución alternativa de litigios que ofrezca procedimientos con resultado vinculante, que su creación o constitución se haya efectuado por una norma con rango de ley o reglamento.

Por otra parte, la Ley 7/2017 se refiere tanto a «procedimientos con resultado vinculante», que conlleven a la imposición a cualquiera de las partes de la solución adoptada; como a «procedimientos con resultado no vinculante» que finalizan con un acuerdo alcanzado entre las partes, adoptado por sí mismas o mediante la intervención de un tercero, o que terminan con una propuesta de solución, con independencia de que las partes posteriormente puedan otorgar a su acuerdo carácter vinculante o comprometerse a aceptar la proposición efectuada por la persona encargada de la solución del litigio (art. 2). Es decir, se aplicará al arbitraje de consumo y a la mediación intraarbitral que se gestionan por las Juntas Arbitrales de Consumo; además, también se podrá aplicar a la mediación que se lleve a cabo al amparo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM), en cuanto la disposición final 7.ª Ley 7/2017 deroga el apartado d) del art. 2.2. LMACM, que excluía de su ámbito de aplicación la mediación en materia de consumo siempre que la misma se lleve a cabo por entidades que estén acreditadas por la autoridad competente, tal como se ha adelantado[9].

Con carácter general, al regular los requisitos para la acreditación de las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo, la ley 7/2017 contiene disposiciones que inciden en mayor o menor medida en la configuración y funcionamiento de los medios alternativos de resolución de conflictos de consumo. No obstante, son escasos los preceptos reformados por la Ley 7/2017 del RDSAC, lo que da lugar a dudas de interpretación y aplicación. Quizás las prisas en la transposición de la Directiva 2013/11 precipitó la aprobación de la

9. Antes de la aprobación de la Ley 7/2017, la mediación, integrada en el sistema arbitral de consumo (art. 38 RDSAC), era la única fórmula establecida por el legislador nacional que permitía a consumidor y empresario alcanzar un acuerdo sobre el conflicto de consumo. Todo ello, sin perjuicio de que las partes, consumidor y empresario, a la vista del carácter disponible de los conflictos de consumo, puedan resolver sus controversias a través de las fórmulas de negociación que estimen oportunas (así, la mediación (o conciliación) previa que pueden desarrollar las OMIC u otros organismos administrativos específicos), siendo el acuerdo vinculante entre ellas, pero sin las garantías propias de la LMACM, especialmente, la posibilidad de constituir un título de ejecución al amparo de las previsiones de su art. 25. Con la Ley 7/2017, esta situación cambia al derogarse por su disposición final 7ª el apartado d) del art. 2.2. LMACM, lo que permite su aplicación a los conflictos de consumo.

Ley 7/2017 sin la meditación y sosiego necesarios para una adecuada articulación de las normas vigentes sobre la materia[10].

De todas las exigencias contenidas en la Ley 7/2017 es en la regulación de los requisitos relativos al procedimiento gestionado por las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo donde en mayor medida sus disposiciones afectan al sistema arbitral de consumo, tal como está configurado en el RDSAC[11]; a su concreto análisis se dedica el apartado siguiente.

III. Incidencia de la Ley 7/2017 en el procedimiento arbitral de consumo

Como ya se adelantó, los requisitos relativos al procedimiento gestionado por las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo están previstos en los arts. 8 a 20 Ley 7/2017 y afectan de forma concreta a algunos aspectos del procedimiento arbitral previsto en el RDSAC. Son muchos los interrogantes que surgen de confrontar la Ley 7/2017 con la regulación vigente que se derivan de la escasa técnica legislativa en el momento de su elaboración y aprobación sin un previo análisis de cómo estaba funcionando en la práctica el sistema arbitral de consumo y cuáles eran sus debilidades y fortalezas.

Como se expone a continuación, la Ley 7/2017 incide de forma directa en la voluntariedad del procedimiento arbitral, en la forma de plasmar la voluntad de las partes en el convenio arbitral, en la gratuidad del procedimiento y en su duración. Además, aunque con un menor alcance, también debe hacerse referencia a las dudas sobre si el arbitraje de consumo sigue siendo en equidad salvo acuerdo de las partes, tal como está previsto en el art. 33 RDSAC, y a los nuevos motivos de inadmisión de la solicitud de arbitraje de consumo previstos en el art. 18 Ley 7/2017.

---

10. La Directiva 2013/11 tenía un plazo de transposición que vencía el 9 de julio de 2015 (art. 25); casi dos años después de la finalización del citado plazo, el 31 de marzo de 2017, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley de Resolución Alternativa de Litigios en materia de Consumo que, después de su tramitación parlamentaria, dio lugar a la Ley 7/2017, de 2 de noviembre. Cierto es que, dos años antes, el 17 de abril de 2015, el Consejo de Ministros había aprobado un Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, que no fue tramitado por las Cortes Generales debido a su disolución motivada por la convocatoria de elecciones generales.

11. Puede decirse que, con carácter general, los requisitos relativos a las personas encargadas de la resolución de los procedimientos gestionados por entidades de resolución alternativa previstos en los arts. 22 a 26 Ley 7/2017, se cumplen por los órganos arbitrales, tanto en lo relativo a la acreditación de los árbitros como a su designación (arts. 16 a 23 RDSAC).

3.1. Voluntariedad del procedimiento

El art. 9 Ley 7/2017 parte de la voluntariedad del procedimiento arbitral en cuanto elemento esencial del sistema arbitral de consumo (art. 58.1 LGDCU), de tal forma que la participación de las partes en el procedimiento requiere su sometimiento expreso; no obstante, el mismo art. 9 Ley 7/2017 permite excepcionar la voluntariedad cuando una norma especial establezca la participación obligatoria en un procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de litigios.

Esta previsión se completa con las Disposiciones Adicionales 1ª y 2ª Ley 7/2017 que, respectivamente, establecen la obligación de las entidades financieras y de las compañías aéreas de participar en los procedimientos alternativos de resolución de conflictos de consumo en sus respectivos ámbitos de actividad y de conformidad con lo previsto en las normas que al efecto se dicten[12].

Debe reseñarse que el propio art. 9 *in fine* Ley 7/2017, en relación a los supuestos de participación obligatoria en los procedimientos arbitrales, establece que la decisión vinculante que ponga fin al mismo, no podrá impedir a las partes el acceso a la vía judicial. No es fácil la interpretación de esta previsión pues no parece que se pueda privar al laudo arbitral de la eficacia de cosa juzgada material que le es propia y que trae consigo la exclusión de una posterior revisión de fondo y forma ante los órganos jurisdiccional; esto debería llevar a entender que la norma está aludiendo a la posibilidad que tienen las partes, de acuerdo con el art. 41 LA, de acudir, de cumplirse los requisitos para ello, ante los órganos judiciales para pretender la nulidad del laudo arbitral emitido en ese procedimiento arbitral obligatorio. Esta interpretación es, sin duda, la más coherente con la adecuada protección que requieren los consumidores pues no podemos olvidar el mandato del art. 51 CE que obliga a establecer procedimientos eficaces para la defensa de sus intereses; por el contrario, permitir que, una vez dictado el laudo arbitral, fuera posible acudir ante los órganos jurisdiccionales para obtener un nuevo pronunciamiento sobre la controversia, supondría una quiebra clara de la rapidez y eficacia del procedimiento arbitral.

---

12. En concreto, la Disposición Adicional 1ª Ley 7/2017 señala que «1. Para la resolución, con carácter vinculante o no, de litigios de consumo en el sector financiero, será creada por ley, y comunicada a la Comisión Europea, tras su acreditación por la autoridad competente, una única entidad, con competencias en este ámbito. Esta ley obligará a las entidades financieras a participar en los procedimientos ante dicha entidad de resolución alternativa de litigios para el ámbito de su actividad. El resto de entidades acreditadas que den cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos, podrán conocer igualmente de este tipo de litigios, siempre que ambas partes se hayan sometido voluntariamente al procedimiento».
Por su parte, la Disposición Adicional 2ª Ley 7/2017 prevé que «Para la resolución de litigios de consumo sobre la aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo será acreditada y notificada a la Comisión Europea una única entidad. Las entidades a las que se hace referencia en el artículo 6.2 que den cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos, podrán conocer igualmente de este tipo de litigios, siempre que ambas partes se hayan sometido voluntariamente a tales procedimientos».

Finalmente, no se puede perder de vista la STC 1/2018, de 11 de enero, que ha considerado que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto se impide el acceso a la vía judicial a una de las partes del contrato de seguro de defensa jurídica en los términos previstos en el art. 76 e) Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. A saber, el citado precepto, señala que «El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada». Pues bien, el TC considera que «la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) Ley 50/1980 vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). El precepto ha eliminado para una de las partes del contrato la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, en cuanto fija una vía alternativa excluyente de la jurisdiccional, cuya puesta en marcha depende únicamente de la voluntad de una de las partes»; en consecuencia, se declara nulo e inconstitucional el art. 76 e) Ley 50/1980.

3.2. Formalización de la voluntad de las partes en el convenio arbitral

En segundo término, la Ley 7/2017 supone también un cambio significativo en la forma concreta en que debe formalizarse la voluntad de ambas partes en el convenio arbitral previsto en el art. 24 RDSAC, debido a la previsión que se contiene en su art. 15. A saber, este precepto priva de carácter vinculante, para el consumidor pero no para el empresario, al convenio arbitral cuando este se ha perfeccionado con carácter previo al surgimiento del conflicto.

En consecuencia, para que tenga eficacia un sometimiento a arbitraje para el consumidor, es preciso que preste su consentimiento al arbitraje después de surgido al conflicto y que además, como expondré seguidamente, lo haga previamente informado sobre el carácter vinculante del laudo arbitral y la imposibilidad de acudir ulteriormente a la vía judicial (art. 15.3 Ley 7/2017). Esta necesidad de que se preste la anuencia del consumidor es aplicable en cualquier caso, esto es, con independencia de la forma que haya adoptado el convenio arbitral, ya sea como una cláusula incorporada al contrato principal o como un acuerdo independiente entre las partes (art. 24.1 RDSAC) o si existe una oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo debidamente formalizada por el empresario o durante el tiempo en que el empresario esté usando el distintivo de adhesión al sistema arbitral de consumo sin tener derecho a su uso (art. 24.2 y 3 RDSAC). La falta de consentimiento posterior al conflicto pri-

vará de efectividad al convenio arbitral previo y, por tanto, si el consumidor acude a la vía judicial para iniciar un proceso de reclamación, el empresario no podrá plantearle en forma la declinatoria. Así se establece expresamente por el art. 63.1 LEC modificado por la Disposición Final 4ª Ley 7/2017.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el art. 15.3 Ley 7/2017 exige además del acuerdo posterior al surgimiento del litigio, «que en el momento de la prestación del consentimiento las partes sean informadas de que la decisión tendrá carácter vinculante, y de si la misma les impide acudir a la vía judicial, debiendo constar por escrito, o por otro medio equivalente, su aceptación expresa»[13].

Como se deriva de lo expuesto, el art. 15 Ley 7/2017 incide de forma directa en el art. 24 RDSAC pese a su falta de modificación por la Disposición Adicional 6ª Ley 7/2017, y obligará a los Presidentes de las Juntas Arbitrales de Consumo a recabar el consentimiento informado de las partes con carácter previo a su decisión sobre la admisión de la solicitud de arbitraje. La solicitud presentada por parte del consumidor ante la Junta Arbitral de Consumo competente deberá entenderse como una aceptación expresa del consumidor al arbitraje, pero será necesario que el Presidente de la Junta Arbitral de Consumo recabe además su consentimiento informado tal como aparece configurado en el art. 15 Ley 7/2017.

3.3. Gratuidad del procedimiento arbitral

Debe destacarse también, en tercer término, el carácter gratuito que el procedimiento arbitral tendrá para los consumidores de acuerdo con la previsión contenida en el art. 11 Ley 7/2017[14]; este precepto contrasta con los arts. 41.1 y 45.3 RDSAC. A saber, el primer precepto citado establece la gratuidad del procedimiento para ambas partes, consumidor y empresario, incluso cuando este último se convirtiera a su vez en parte activa del procedimiento reclamando contra el consumidor a través de la reconvención prevista en el art. 43 RDSAC.

---

13. Continúa señalando el precepto transcrito que «Esta garantía de consentimiento informado no será de aplicación al empresario cuando se encuentre obligado, por ley o por su adhesión previa, a participar en dicho procedimiento».

14. La Ley 7/2017 va más allá de lo previsto en la Directiva 2013/11 que permite que el procedimiento de resolución alternativa sea gratuito o que «se preste a cambio de un precio simbólico para los consumidores» (art. 8 c)). De hecho, el art. 11 del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Litigios de Consumo de 17 de abril de 2015 establecía la posibilidad de exigir el pago de 30 euros, como coste simbólico, al consumidor. Al respecto, el Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre el Anteproyecto consideró que «debería mantenerse como prioritaria la gratuidad para ambas partes que, en cualquier caso, deberían tener el mismo tratamiento a estos efectos. Habida cuenta del carácter disuasorio que, especialmente en controversias de pequeña cuantía, pueda tener el establecimiento de un coste, resulta cuestionable el carácter «simbólico» de dicha cuantía». V. Dictamen del Consejo Económico y Social de 13 de mayo de 2015 sobre el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo. Disponible en http://www.ces.es/documents/10180/2394234/Dic052015.pdf.

Ahora bien, el art. 45.3 RDSAC incluye una importante matización a la gratuidad del arbitraje de consumo en cuanto impone que el coste de las pruebas practicadas a instancia de parte sea sufragado por quien las ha propuesto y las comunes por mitad; todo ello con la salvedad de que el órgano arbitral pudiera acordar otro reparto de los gastos ocasionados por la práctica de la prueba si se apreciase en el laudo mala fe o temeridad por alguna de las partes[15].

Nuevamente, la Disposición final 6ª Ley 7/2017 que modifica el RDSAC ha omitido cualquier reforma del art. 45 sobre el modo de sufragar los gastos generados por las pruebas practicadas en el procedimiento arbitral.

Pues bien, desde la entrada en vigor de la Ley 7/2017, la interpretación más razonable a la vista de las disposiciones vigentes es entender que el procedimiento arbitral de consumo debe ser totalmente gratuito para el consumidor, incluidas las pruebas propuestas por el mismo, debiendo ser el órgano arbitral o la Administración de la que dependa quien asuma el coste de las mismas; en cambio, para el empresario, el procedimiento arbitral también será gratuito pero asumirá el pago de las pruebas que él mismo proponga para la defensa de su posición en el procedimiento arbitral.

3.4. Duración del procedimiento arbitral

En cuarto lugar, la Disposición Final 6ª Ley 7/2017 modifica dos aspectos concretos que afectan a la duración del procedimiento arbitral; se trata de la única reforma del RDSAC operada por la Ley 7/2017 que responde al principio de eficacia previsto en el art. 8 Directiva 2013/11.

A saber, de un lado, se modifica el art. 37.3 b) y 4 RD 231/2008 SAC; el primero de ellos se refiere al plazo en que se debía dar traslado de la solicitud de arbitraje al empresario a fin de que manifestara su aceptación en los supuestos en que no había convenio arbitral o este no era válido; ese plazo era de 30 días mientras que ahora se alude únicamente a que debe hacerse «en el plazo más breve posible». Por su parte, el art. 37.4 RDSAC reduce de 30 días a 21 el plazo contado desde la recepción de la solicitud de iniciación del procedimiento arbitral o su subsanación para que el presidente de la Junta Arbitral de Consumo dicte resolución de inadmisión de la solicitud cuando concurre alguno de los motivos del art. 35 RDSAC.

---

15. Las pruebas que el órgano arbitral proponga de oficio, que en todo caso serán de carácter complementario e imprescindibles para la resolución de la controversia (art. 45.1 RDSAC), «serán costeadas por la Junta Arbitral de Consumo o por la Administración de la que dependa, en función de sus disponibilidades presupuestarias» (art. 45.3 RDSAC).

Además, se omite la referencia a plazo alguno para que el presidente de la Junta Arbitral de Consumo acuerde el inicio del procedimiento arbitral cuando conste existencia de convenio válido, lo que contrasta con el texto anterior que preveía un tiempo de 30 días desde la recepción de la solicitud de arbitraje o su subsanación.

De otro lado, se modifica el art. 49.1 RDSAC lo que supone una reducción del plazo previsto para dictar el laudo arbitral. En concreto, se prevé un plazo de 90 días naturales, contados desde que se acuerda el inicio del procedimiento, para dictar y notificar a las partes el laudo arbitral; y sólo en casos de especial complejidad y de forma motivada, podrá acordarse por el órgano arbitral una prórroga por un plazo no superior a otros 90 días naturales. Debe tenerse en cuenta que el plazo actual de 90 días se suspenderá por el tiempo que se tarde en decidir sobre la recusación de los árbitros y podrá prorrogarse por un período no superior a dos meses en el caso de que el nuevo árbitro o árbitros decidieran la repetición de actuaciones; todo ello, en cuanto el art. 22 RDSAC sigue siendo de aplicación en cuanto no ha sido modificado por la Ley 7/2017.

El plazo actualmente vigente es significativamente más corto que el previsto en la redacción originaria del art. 49.1 RDSAC, que era de 6 meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral, con una posible prórroga, a través de resolución motivada, por un período no superior a otros dos, salvo acuerdo en contra de las partes; además, ese plazo podía suspenderse por el tiempo que se tardase en decidir sobre la posible recusación de los árbitros y podía prorrogarse por tiempo no superior a 2 meses si el nuevo árbitro decidiese repetir actuaciones de acuerdo con el art. 22 RDSAC. Finalmente, se preveía la posibilidad de suspensión del procedimiento arbitral por un tiempo no superior a un mes para el intento de mediación previa del art. 38 RDSAC.

Sin duda, el cumplimiento de este plazo general de 90 días previsto en la redacción actual del art. 49 RDSAC no va a ser fácil para los órganos arbitrales[16], sobre todo a la vista de la exclusión de la suspensión del mismo para el intento de mediación previa del art. 38 RDSAC[17]; es significativo al respecto que en la Disposición Final 2ª Ley 7/2017 se habilite al Gobierno para modificar, a través de real decreto, los plazos fijados en el art. 49 RDSAC[18].

---

16. En la Disposición Adicional 3ª Ley 7/2017 se anuncia la aprobación de un Plan de ayudas a las Juntas Arbitrales de Consumo que les permita una dotación de medios humanos y materiales para poder dictar el laudo en el plazo previsto legalmente.

17. Piénsese que ese plazo de 90 días puede ya agotarse con el intento de mediación del art. 38 RDSAC en cuanto la misma está configurada como el primer trámite del procedimiento arbitral.

18. En concreto, el legislador español podrá, dentro de los límites que establece la Directiva en su art. 8 e), permitir una prórroga del plazo general de 90 días, sin imponer un límite a la misma, como sí ha se ha hecho en el art. 49 RDSAC que exige que la misma no sea superior a otros 90 días.

3.5. Decisión en equidad del procedimiento arbitral

Debe hacerse también una mención al art. 16 Ley 7/2017 que, en relación a los procedimientos con resultado vinculante, entre los que se incluye el arbitraje, señala que la solución impuesta por la entidad de resolución alternativa «no podrá privar al consumidor de la protección que le proporcionen aquellas normas imperativas o que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la legislación» aplicable al litigio, ya sea nacional o transfronterizo.

El precepto anteriormente transcrito hace surgir la duda sobre si el arbitraje de consumo sigue siendo en equidad, salvo acuerdo de las partes de que se decida en derecho, tal como aparece configurado en el art. 33 RDSAC. Pues bien, quizás pudiera entenderse que el objetivo perseguido con esta norma es, pese a tratarse de un arbitraje en equidad, que el consumidor tenga una protección adecuada de manera que no se puedan desconocer por los árbitros los derechos que de forma imperativa establecen las normas aplicables al caso concreto. Una interpretación en este sentido encajaría con la exigencia, contenida en el art. 22 1 b) Ley 7/2017 de que los árbitros de consumo «estén en posesión de los conocimientos y las competencias necesarios en el ámbito de la resolución alternativa o judicial de litigios con consumidores, así como de un conocimiento general suficiente del Derecho».

3.6. Motivos de inadmisión a trámite de las solicitudes de arbitraje

Siendo las anteriores las implicaciones directas de la Ley 7/2017 de mayor relevancia en el sistema arbitral de consumo, también debe hacerse referencia a su art. 18 en cuanto recoge una lista tasada de motivos de inadmisión de las solicitudes de arbitraje de consumo que tienen carácter potestativo y que, de estimarlo oportuno, las entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo podrán incluir en sus estatutos o reglamentos.

El RDSAC, en su art. 35.1, alude, de un lado, a aquellos supuestos en que la solicitud de arbitraje versa sobre una materia que, conforme al art. 2, está excluida de arbitraje, esto es, que se trate de «un conflicto que verse sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivadas de ellos». Esta misma exclusión se contiene en el art. 18.1 f) Ley 7/2017.

De otro lado, el RDSAC incluye entre los motivos de inadmisión de la solicitud de arbitraje, que la misma sea infundada o que no afecte a los derechos e intereses de los consumidores o usuarios (art. 35.1 RDSAC); el art. 18 b) Ley 7/2017 mantiene esta misma previsión con la única precisión de que la solicitud debe resultar «manifiestamente» infundada.

A los motivos anteriores, el art. 18 Ley 7/2017 incluye otros tres; en primer término, que el consumidor no se hubiera puesto previamente en contacto con el empresario para tratar de resolver el asunto o no acreditara haber intentado la comunicación con éste; la reclamación habrá de ser admitida si hubiera transcurrido más de un mes desde que el consumidor presentó la reclamación al empresario y este no ha comunicado su resolución. Se trata de una exigencia de comunicación previa entre el consumido y el empresario que se convierte en requisito de admisibilidad de la solicitud de arbitraje. El propio art. 18 Ley 7/2017 requiere además que no haya transcurrido más de un año desde la presentación de esa reclamación previa al empresario y la interposición de la solicitud de arbitraje.

En segundo lugar, podrá inadmitirse la solicitud de arbitraje si el contenido de la reclamación fuera vejatorio y; finalmente, si el litigio hubiera sido resuelto o planteado ante otra entidad acreditada o ante un órgano jurisdiccional (apdos. c) y d) art. 18.1 Ley 7/2017, respectivamente).

Como se apuntó, los motivos de denegación previstos en el art. 18 Ley 7/2017 son numerus clausus y además potestativos de tal forma que las propias entidades de resolución alternativa podrán incluir en sus estatutos o reglamentos qué motivos de oposición aplicarán. A estos efectos, deberán tenerse en cuenta las características de las reclamaciones y el tipo de contratos de las empresas reclamadas sin que, en ningún caso, se pueda limitar el acceso de los consumidores al procedimiento arbitral (art. 18.2 Ley 7/2017).

Ante la falta de modificación del art. 35 RDSAC por la Disposición Final 6ª Ley 7/2017, los motivos de denegación aplicables serán únicamente los previstos en la citada norma, con independencia de que las entidades de resolución alternativa puedan, como se acaba de señalar, incluir alguno o algunos de los previstos en el citado art. 18 Ley 7/2017.

IV. Bibliografía.

Ariza Colmenarejo, Mª.J., Fernández-Fígueres Morales, Mª.J. (dirs.), *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, Cizur Menor, 2018.

Barona Vilar, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution ADR y derecho procesal*, Valencia, 1999.

Barona Vilar, S. (coord.), *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Valencia, 2003.

Barral Viñals, I., «La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR», IDP Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 11 (2010), UOC, pp. 1 a 12 (http://idp.uoc.edu).

BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y consumidores*, INC, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2005.

Idem, «La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII, 2009, pp. 130 a 152.

Idem, Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica, Madrid, 2009.

BUSTO LAGO, J.M., *Reclamaciones de consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor)*, 2ª edic., INC, Pamplona, 2008.

CAZORLA GONZÁLEZ, M.J., «La mediación de consumo en el arbitraje institucional», 2009 *Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009, pp. 1 a 11. (http//www.uoc.edu/symposia/adr).

DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11/UE y Reglamento (UE) nº524/2013,* Madrid, 2017.

GONZÁLEZ PILLADO, E.Mª., *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Madrid, 2012.

Idem, *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid, 2012.

MARÍN LÓPEZ, M.J., «Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos», (www.uclm.es/centro/cesco/pdf/investigación/2007/pdf/5.pdf), pp. 1 a 28.

Idem, «La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero», *Diario La Ley*, núm. 6905, 17 de marzo de 2008, pp. 1 a 21 (www.laley.net).

MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, CGPJ, Madrid, 2010.

MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, 2009.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., «La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa», *Diario La Ley*, núm. 7420, 9 de junio de 2010, pp. 1 a 24 (www.laley.net).

PALAO MORENO, G. (edit.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, medición y arbitraje de consumo. Su incidencia en España, Irlanda y Reino Unido*, Valencia, 2016.

TOMILLO URBINA, J.L. (dir.), *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo. Perfiles hispano-italianos*, Granada, 2016.

3 | Acuerdos colectivos y protección de los consumidores

Lorenzo M. Bujosa Vadell
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

SUMARIO: 1. Principio dispositivo y conflictos colectivos. 2. La autocomposición como vía de solución de conflictos colectivos. 3. La vía autocompositiva desde la perspectiva del Derecho comparado. 3.1. El ejemplo federal norteamericano. 3.2. Los actos de disposición en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. 3.3. El modelo de los Países Bajos. 3.4. El caso australiano. 3.5. El ejemplo británico. 4. La autocomposición como vía de solución de conflictos colectivos en el Derecho Europeo. 4.1. Algunos antecedentes. 4.2. Los «acuerdos» en la propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación de los intereses colectivos de los consumidores. 5. Conclusión.

1. Principio dispositivo y conflictos colectivos

La heterogeneidad de situaciones subjetivas de ventaja protegibles de manera colectiva es evidente. En ocasiones porque los propios bienes jurídicos tienen un difícil ajuste con las categorías clásicas del Derecho privado y, en consecuencia, con las tradicionales vías de acceso a la jurisdicción, y en otras ocasiones porque conforman verdaderos derechos e intereses legítimos[1], pero de tan escasa entidad que su protección individual ante los tribunales se vuelve

1. En nuestro ámbito todavía nos es más fácil hablar de «intereses difusos y colectivos» que de «derechos difusos y colectivos», a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos caracterizados por una mayor flexibilidad conceptual como América Latina. La razón me parece fácil de adivinar, ya que es en la vieja Europa continental donde se construyó dogmáticamente el sólido concepto de «derecho subjetivo», marcado desde luego por la ideología de su tiempo, es decir, por el individualismo burgués de los siglos XVIII y XIX, y por tanto referido básicamente a posiciones de ventaja respecto a la propiedad y al crédito. Bastante más recientemente, la noción de «interés legítimo» sirvió para reconducir a la tutela judicial efectiva otras situaciones de ventaja menos individualizables y, por tanto más indirectas, pero también necesitadas de protección. La menor tradición conceptual de esta última expresión permitió una ampliación de su contenido. Pero si se piensa detenidamente, es probable que no encontremos razones para evitar reflejar la evolución de la realidad de las situaciones protegibles en el instrumento conceptual de máxima potencia que conocemos como «derecho subjetivo».

irreal, especialmente por razones antieconómicas: no compensa ejercitar el derecho a la tutela judicial efectiva porque los inconvenientes materiales en cuanto al tiempo y al dinero a invertir en su protección lo convierten en un esfuerzo poco útil[2].

Ante ello la tradición anglosajona nos enseñó la articulación de técnicas procesales de protección colectiva, que fueron expandiéndose con mayor o menor éxito por algunos países de tradición jurídica romano germánica, en un mestizaje de gran interés para el estudioso y, que debieran servir de modelo para el legislador de aquellos otros ordenamientos en los que se han sentido idénticas necesidades, pero donde se han manifestado mayores temores para afrontar una introducción sistemática y ordenada de alguna de estas vías de superación de las dificultades materiales de protección ante amenazas o daños pluriofensivos.

La mencionada heterogeneidad hace que algunos de estos derechos difusos o colectivos reciban respuestas diversas por parte del Derecho. En ocasiones, es el propio Estado el que los acoge como propios, como auténticos intereses públicos que deben ser protegidos por instituciones públicas, y con frecuencia, se admite ya en nuestros días la iniciativa de la propia sociedad, más o menos organizada, como legitimada activa para impetrar la tutela judicial conjunta. Se trata de la cuestión de la representatividad adecuada, que es necesario fijar para asegurar la seriedad y el buen propósito de quien pide ser parte ante el órgano jurisdiccional[3], siendo consciente que por la misma estructura procesal de estas vías implicará una eventual extensión subjetiva de los efectos de la sentencia.

Cuando hablamos de conflictos en materia de consumo nos referimos también a esta pluralidad de situaciones y a esta necesidad plural de protección. Bien porque se trata de lo que nuestro legislador tantas veces ha mencionado como «intereses generales de los consumidores», bien porque se trata de perjudicados individuales por un hecho dañoso que, para tener algún éxito, necesitan aunar esfuerzos, ya que de lo contrario les convendría más consentir la vulneración sin rechistar, pues cualquier tipo de respuesta individual supondría una desproporción respecto a lo que pudiera reclamarse.

Puede ser discutible que los primeros sean o no disponibles, sobre todo si son asimilados a auténticos intereses públicos, como suele ocurrir con muchos de

---

2. *Vid.* Cappelletti, Mauro, «Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile», *Rivista di Diritto Processuale,* núm. 3, julio-septiembre de 1975, pp. 373-374.

3. Se trata de las conocidas expresiones de Almagro Nosete, José, «La protección procesal de los intereses difusos en España», *Justicia,* 1983, pp. 69-63.

aquellos de naturaleza ambiental, pero desde luego no cabe duda de que los segundos, aquellos a los que el Código de Defesa del Consumidor brasileño de 1990, llama, en una feliz locución, «intereses o derechos individuales homogéneos»[4] —porque sin perder su cualidad de intereses o derechos individuales la esencia de su contenido se repite en cada una de las personas afectadas por el hecho común que ha producido el perjuicio—, estos mantienen las características de un derecho individual y por tanto incluido en el patrimonio jurídico de su titular, dentro de su esfera de su autonomía de la voluntad, en el sentido clásico. Por tanto susceptibles de actos de disposición dentro de los límites generales del ordenamiento jurídico —básicamente, en términos del artículo 19.1 LEC: «excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero»—.

No obstante todo ello, la aplicación de técnicas de protección colectiva suele implicar necesariamente una mitigación del principio dispositivo[5]. Este principio predominante en las relaciones de Derecho privado supone que es el titular del derecho quien decide cómo protegerlo y, en caso de optar por la vía procesal, es él quien conforma el objeto a través del escrito en el que hace constar su petición fundada y los fundamentos de la misma, marcando así los principales límites de la actuación material del Juez. Sin embargo, cuando se trata de procesos colectivos el problema central consiste en la correcta defensa de los intereses y derechos de quienes no han comparecido en el proceso aunque se verán afectados por la resolución que finalmente resulte[6].

Especialmente cuando se trata de situaciones individuales homogéneas, los ordenamientos jurídicos que se han aventurado a la regulación de los procesos colectivos deben preocuparse necesariamente de prever y fijar las consecuencias de las inevitables modificaciones en la aplicación del principio dispositivo.

---

4. Art. 81.III de la Lei nº 8.078, de 11 de septiembre de 1990.

5. La excepción estaría en aquellos grupos relativamente pequeños, y cuyos límites subjetivos están bien definidos, a los que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede capacidad para ser parte —art. 6.1.7 LEC—, y respecto a los que —de una manera bastante confusa— se exige autorización individual de los afectados previamente a la interposición de la demanda por quien comparece como «representante oficioso» —arts. 7.7 y 15.2 LEC—. Digo que la regulación es «bastante confusa», pues, por un lado, el artículo 15.2 que se acaba de mencionar parece exigir solo una comunicación previa al afectado, pero si se intenta una interpretación sistemática con el artículo 6.1.7 y su enigmática referencia a que un grupo informal —pues no se trata de persona jurídica de ningún tipo— «se constituya con la mayoría de los afectados», no implica una mera posición pasiva de quién recibe la comunicación, sino de algo más que permita concluir al juez competente que tal sujeto no solo integra el «grupo de afectados», sino que además se incluye entre aquellos que aceptan integrar «la mayoría del grupo de afectados». No se entiende cómo puede llegar a esa conclusión el juez sin una emisión de consentimiento favorable por parte de ese sujeto, consentimiento al fin y al cabo por muy informal que sea. Todo ello, sin embargo, nos aleja de la problemática de la protección colectiva de posiciones subjetivas de ventaja y nos mantiene en concepciones clásicas del Derecho cercanas a la representación voluntaria.

6. Como decía CAPPELLETTI, Mauro, «Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o difusi», *Giurisprudenza Italiana,* IV, 1975, c. 55: imponer la presencia de todos los interesados, aplicando literalmente la garantía del contradictorio, cuando está implicado un número vastísimo de sujetos significa impedir la tutela judicial de estos intereses.

Se trata, en realidad, de mitigar el principio dispositivo en el sentido de que uno solo o varios de los miembros del grupo de afectados puede disponer sobre la iniciación de un proceso civil para la defensa de intereses y derechos de los cuales no es el dueño exclusivo. Se altera, por consiguiente, un elemento característico de este principio que consiste en que sólo el titular de un derecho o interés legítimo puede disponer de él y, entre las diversas posibilidades que se presentan, sólo él puede deducirlo en juicio[7].

En este contexto el Juez simplemente debe esperar que alguno de los legitimados se decida a ejercitar la pretensión colectiva presentando la correspondiente demanda, que le trazará —aunque de manera mucho más flexible que en los tradicionales procesos civiles— los límites de su cognición y de los efectos de la sentencia. El Juez determinará finalmente la estimación o no de la pretensión ejercitada en el momento de la sentencia, si a lo largo del proceso se logra justificar la legitimación y la fundamentación de las peticiones formuladas[8]. Desde el punto de vista del Juez las diferencias en la aplicación del principio dispositivo son de matiz, pero desde el punto de vista de la parte demandante son rotundas: la ley permite a cualquiera de los legitimados activos —siempre, claro está, que se ajusten a una serie de requisitos— tomar la decisión de acudir a la Jurisdicción pretendiendo la satisfacción de la pretensión que plantean.

La cuestión que nos debemos plantear en este estudio es cómo actúa esta mitigación respecto a los actos de disposición que puedan llegar como consecuencia de acuerdos entre las partes, ya sean transacciones procesales, ya sean acuerdos extrajudiciales, aunque todos ellos negociados y alcanzados solo por algunos de los afectados que puedan considerarse representantes adecuados de todo el grupo.

2. La autocomposición como vía de solución de conflictos colectivos

Se trata de aplicar vías autocompositivas en los conflictos colectivos para llegar a acuerdos, lo cual no es ninguna novedad en nuestro ordenamiento si pensamos que está previsto ya en ámbito del Derecho del Trabajo, donde naturalmente la protección colectiva es fundamental[9].

---

7. *Vid.* VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, «Los principios del proceso civil», *Justicia,* 1993, núm. IV, p. 612.

8. *Vid.* FAIREN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales,* Librería Bosch, 1990, pp. 85-87.

9. Así, el artículo 156 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, bajo la rúbrica «Intento de conciliación o de mediación», establece como condición de procedibilidad en los procesos colectivos el intento de conciliación o mediación en los términos previstos en el artículo 63 del mismo cuerpo legal y, en el aparta-

Las vías extrajudiciales de solución de conflictos de consumo tampoco son novedosas y han sido estimuladas, como recordaremos, en el propio Derecho de la Unión Europea desde hace décadas. La vía tradicional española fue la del arbitraje de consumo, prevista en la Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores, desarrollada espontáneamente en algunas Oficinas Municipales de Defensa de los Consumidores y regulada con posterioridad por el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, sustituido por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, sobre la misma materia y, finalmente, por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Aunque, como resulta evidente, el arbitraje no es un medio autocompositivo de resolución de conflictos, el sistema arbitral de consumo español previó desde su primera regulación procedimental unos trámites autocompositivos, de modo que nada impedía una finalización anticipada por acuerdo entre las partes[10]. Es verdad que, la mayor parte de normas se han referido a arbitrajes individuales, hasta que el Real Decreto de 2008 previó expresamente un arbitraje colectivo[11] en el que la regulación es escueta, aunque nada impide la articulación de acuerdos *inter partes.*

Es más, hay varias referencias expresas a un eventual acuerdo conciliatorio, pues una vez adoptado el acuerdo de iniciación de actuaciones, la Junta Arbitral de Consumo competente debe requerir a las empresas o profesionales responsables de los hechos susceptibles de lesionar los derechos e intereses colectivos de los consumidores para que manifestara, en el plazo de 15 días desde la notificación, si aceptan someter al Sistema Arbitral de Consumo la

---

do segundo dispone que «Lo acordado en conciliación o mediación tendrá, según su naturaleza, la misma eficacia atribuida a los convenios colectivos por el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, siempre que las partes que concilien, ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos exigidos por las citadas normas. En tal caso se enviará copia de la misma a la autoridad laboral. (…)»..

10. Artículo 38. RDSAC 2008: «Mediación en el procedimiento arbitral.
1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto.
2. La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta.
3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros».

11. Artículo 56 RDSAC 2008: «Arbitraje de consumo colectivo.
El arbitraje de consumo colectivo tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos».

resolución, en un único procedimiento, de los conflictos con los consumidores y usuarios motivados por tales hechos y, en su caso, para que propongan un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente los derechos de los potenciales consumidores o usuarios afectados (art. 58.2 RDSAC 2008). En el caso de que se acepte la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, ésta se notificará a las Juntas Arbitrales de Consumo, procediéndose al llamamiento de los consumidores afectados para que hagan valer sus legítimos derechos e intereses individuales en este procedimiento arbitral mediante la publicación de un anuncio al efecto en el diario Oficial que corresponda al ámbito territorial del conflicto y por otros medios que considere convenientes el Presidente de la Junta Arbitral. En caso de existir propuesta de acuerdo conciliatorio por parte de las empresas o profesionales el llamamiento debe incluirla.

Se trata de una regulación insuficiente para una eficaz aplicación del arbitraje colectivo de consumo, así como de las eventuales conciliaciones, pero esa notificación amplia y general a los eventuales afectados parece operar como el artículo 15.3 de la LEC respecto a la «publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios», y por tanto como una garantía para los afectados inicialmente ausentes del procedimiento para que tengan oportunidad de comparecer como litisconsortes voluntarios a fin de defender su posición individual si lo estiman conveniente. El problema es que no se afronta la cuestión de la delimitación de la extensión subjetiva de los alcances del eventual acuerdo conciliatorio, pues no se arbitra expresamente ni un sistema de exclusión, ni uno de inclusión para los restantes miembros del grupo más o menos extenso de afectados[12].

La ya mencionada Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, no altera los artículos del RDSAC que acabamos de examinar, y aunque procede a una renovación de las normas sobre esta materia, tanto en el ámbito autocompositivo, como en el heterocompositivo, no se pronuncia sobre las eventuales dimensiones colectivas de tales litigios. De este modo, al seguir demasiado literalmente la trasposición de la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, se ha perdido la ocasión de un perfeccionamiento de la normativa

12. Podría pensarse que el llamamiento y la posibilidad de comparecencia suponen en realidad un *opting in,* es decir, una opción a favor de considerarse incluidos en el grupo de beneficiados por el acuerdo alcanzado y sin duda es así. Sin embargo, esta interpretación no resuelve la cuestión planteada respecto a los que no optan ni por salirse expresamente del grupo, ni por pedir su inclusión. La duda está por tanto en cómo valorar el silencio de los miembros de los grupos de afectados que permanezcan ajenos al procedimiento, lo cual no es un tema menor, porque según hagamos esa valoración será posible o no entender vinculados o no por el acuerdo a los ausentes, con las consecuencias que se deriven tanto para el Derecho material, como para el Derecho procesal en caso de homologación del acuerdo a través del laudo con efectos equivalentes a la autoridad de cosa juzgada.

española que regulara de manera integral una materia cuyas repercusiones colectivas son evidentes, como lo ha sido también los recelos de las autoridades de la Unión Europea para una regulación amplia y eficaz de las mismas, por lo menos hasta hace pocos meses, como tendré ocasión de señalar más adelante.

3. La vía autocompositiva desde la perspectiva del Derecho comparado

Cuando hablamos de protección colectiva de litigios de consumo es imprescindible una mirada al Derecho comparado, porque en otros ordenamientos se han encontrado con necesidades similares a las nuestras y se han atrevido a la promulgación de algunas normas que tratan de ofrecer una regulación más o menos completa a la cuestión que nos preocupa. Los ejemplos son variados y no sería posible examinarlos con atención de manera exhaustiva, pero sí puede ser ilustrativo observar cómo se ha afrontado el problema en contextos diversos y valorar hasta qué punto podrían sernos útiles como modelo, teniendo bien en cuenta que no debemos conformarnos con meros trasplantes de experiencias ajenas de manera acrítica, sino a efectos de perfeccionar la incompleta regulación vigente en España, procurando que lo que se proponga no sea una simple institución decorativa, como ha ocurrido en demasiadas ocasiones cuando se trata de regular el ejercicio colectivo de derechos e intereses legítimos.

3.1. El ejemplo federal norteamericano

Es bien sabido que el modelo anglosajón, y en particular el que regulan las *Federal Rules of Civil Procedure* de los Estados Unidos de América —aparte de los que se contienen en las respectivas regulaciones procesales civiles de cada uno de los Estados de la Unión—, procede de las respuestas de los órganos jurisdiccionales ingleses a las necesidades de la práctica a través de ese cauce de transformación normativa que es la *Equity.* Del Derecho inglés pasó al Derecho escrito norteamericano y, en particular a la famosa Regla 23, que recoge buena parte de la jurisprudencia que durante largos decenios se fue formando al respecto.

Es obvio que se trata de normas procesales y, por tanto, dirigidas primariamente a la regulación del encauzamiento de los heterogéneos litigios colectivos ante los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, como ocurre asimismo en otros ámbitos del Derecho procesal de los Estados Unidos, más bien parece una normativa destinada a no aplicarse, o por lo menos a aplicarse poco. Esto último,

sin duda, con la ayuda inestimable de la Corte Suprema y sus tendencias restrictivas en este ámbito[13].

En efecto, el pragmatismo norteamericano lleva a que los abogados que defienden a un grupo frente a una gran empresa tiendan a la consecución de un acuerdo, con frecuencia multimillonario en su globalidad, del que además ellos mismos se quedan con una parte considerable. No es extraño, sin embargo, que tales acuerdos supongan un beneficio mediano[14] o pequeño para cada uno de los consumidores[15], aunque superior en todo caso a lo que sería la alternativa: no obtener compensación alguna por no ser rentable el acometer un proceso dada la escasez del perjuicio individual y además tener que buscar la pequeña compensación contra una gran empresa que es la que ha recibido el enriquecimiento injusto por la suma de los pequeños menoscabos.

La base jurídica, para los casos correspondientes a la jurisdicción federal, se encuentra también en la *Regla 23,* cuyo apartado e) se dedica precisamente a «*Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise*», en definitiva, a la aplicación de vías autocompositivas en el ámbito intrajudicial de las *Class Actions.* Así pues, la propia norma dedicada a regular los procesos colectivos prevé que se llegue a un acuerdo, pero sometido a la homologación judicial. Para ello se establecen unos trámites.

Con buen criterio, se exige que el tribunal ordene la notificación «de manera razonable» a todos los miembros del grupo que quedarán vinculados por el

---

13. Un ejemplo expresivo de esa tendencia es el caso *Wal-Mart v. Dukes,* [564 U.S. 338 (2011)], sentencia en la que la Corte Suprema se dividió respecto a la posibilidad de utilizar la vía de las *Class Actions* para un caso de protección de la igualdad entre hombres y mujeres en relación con la interpretación de los requisitos exigidos para integrar un grupo de afectados (*class).*

14. *Vid.,* como caso real, un anuncio obtenido por *internet*:
«Si usted pidió la cobertura de un seguro para obtener el tratamiento, hospitalario o ambulatorio intensivo, de trastornos psiquiátricos o por el uso de sustancias psicotrópicas y le fue negada por considerar que no eran médicamente necesarios conforme a la actuación empresarial llevada a cabo entre el 1 de enero de 2012 y el 5 de marzo de 2017, puede corresponderle una compensación derivada de la demanda colectiva *Cobertura de Salud Mental Blue Shield of California*. No hay fecha límite para presentar la petición». [Des Roches, et al. v. California Physicians' Service, et al., Case No. 5:16-cv-02848, in the U.S. District Court for the Northern District of California, San Jose Division]. En este caso la compensación es el reembolso de los tratamientos, siempre que no se exceda el 75 % del fondo obtenido a través del acuerdo. En este último caso se procederá a prorratear la cantidad correspondiente.

15. Así, *Ticketmaster Ticket Action Redemption Voucher Class Action:* «Si usted compró tickets a través de TicketMaster entre el 21 de octubre de 1999 y el 27 de febrero de 2013, entonces tiene derecho a una compensación, puesto que Ticketmaster no informó debidamente a los consumidores sobre las tarifas de envío. La fecha límite para presentar una reclamación es junio de 2020». *Schlesinger v. Ticketmaster Ticket Voucher Redemption.* «Ticketmaster has issued Ticket Vouchers to class members that potentially may be redeemed for general admission tickets for the below eligible events at Live Nation owned or operated venues within the United States, available to class members on a first come, first served basis. Redeem Ticket Vouchers on this website (http://settlement.livenation.com/). Ticketmaster has also issued Discount Codes to class members, which will be valid until June of 2020 and will allow class members to receive discounts for future ticket purchases and/or receive discounts on future UPS ticket deliveries. Redeem Discount Codes on Ticketmaster.com».

acuerdo. El órgano jurisdiccional, en estos procesos tiene un amplio abanico de facultades que se justifica para compensar la situación objetivamente más débil del interesado que no ha comparecido. Se establece adicionalmente una exigencia de valoración del contenido, con el mismo objetivo: «Si la propuesta va a vincular a los miembros del grupo, el tribunal lo podrá aprobar sólo tras una audiencia y de valorar si es justo, razonable y adecuado».

Quienes pretendan la aprobación del acuerdo deben presentar un escrito en el que se identifique cada acuerdo realizado con respecto a la propuesta emitida. Si se trata de una *Class Action* de la Regla 23(b)(3), es decir, de procesos colectivos en que las cuestiones comunes de hecho o de derecho predominan sobre las cuestiones individuales o cuando el proceso colectivo se considera el cauce mejor para la resolución de la controversia[16], puede denegarse la homologación de un acuerdo, salvo que se conceda otra oportunidad para la exclusión de los miembros individuales *(opting out)*, aunque al iniciarse el proceso tuvieran oportunidad de excluirse y no lo hicieron.

Hay por tanto una mayor garantía cuando en el fondo hay derechos individuales homogéneos: una doble posibilidad de ser excluidos del ámbito subjetivo del resultado de ese litigio. Desde el punto de vista de la contradicción es fundamental esta segunda notificación del acuerdo, puesto que no es lo mismo excluirse de un proceso que no sabemos qué resultado tendrá, que excluirnos de una propuesta de acuerdo concreta que ya determina el derecho que puede ejercitar el interesado al pretender el cumplimiento o la ejecución del acuerdo homologado. Debe tenerse en cuenta también, que cada miembro del grupo puede oponer objeciones a la propuesta, que serán consideradas por el órgano jurisdiccional, aunque por supuesto no automáticamente estimadas.

3.2. Los actos de disposición en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica fue realizado por un grupo de prestigiosos juristas en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y fue aprobado el 28 de octubre de 2004 en las Jornadas celebradas en Caracas. Con una notable influencia del Derecho brasileño y también del Derecho norteamericano, se pretenden ofrecer instrumentos nor-

16. Son criterios pertinentes para tales valoraciones, a título ejemplificativo: los intereses de los miembros del grupo en controlar individualmente el ejercicio de la pretensión por separado; la extensión y naturaleza de cualquier proceso ya iniciado relacionado con la controversia; la conveniència de concentrar el litigio ante un solo tribunal o las posibles dificultades en la gestión del proceso.

mativos para que los países iberoamericanos creen o perfeccionen su regulación en materia de procesos colectivos.

En este texto articulado se contienen detallados trámites que no es necesario en este punto examinar. Pero sí es conveniente hacer notar que en el artículo 11 prevé la celebración de una audiencia preliminar en la que deberán comparecer las partes o sus representantes, suficientemente habilitados con poder especial para poder transigir. En principio, el juez debe permitir a las partes que expongan los motivos y fundamentos de su pretensión, así como de la contestación y, como sucede en la audiencia previa del juicio ordinario, deberá intentar la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución al conflicto. Esto conlleva una implicación en cuanto al contenido y una clara apreciación de dónde se encuentra la diferencia, es decir, la controversia entre las partes.

Una de las posibilidades expresamente prevista es la «evaluación neutral de un tercero», ajeno al juez. Éste concederá un plazo para que esa tercera persona examine el litigio en un plazo determinado y de manera reservada y a partir de ello oriente a las partes para la composición amigable del conflicto. No hay, pues, una vinculación ni de las partes ni del juez competente respecto a la opinión de este otro tercero neutral.

Pero, incluso en casos de indisponibilidad del bien jurídico colectivo, se prevé que las partes puedan transigir, no sobre el bien colectivo mismo, sino «sobre el modo de cumplimiento de la obligación».

Se establece, finalmente, que una vez obtenido el acuerdo, deberá ser homologado, en su caso, y conformará el contenido principal de la sentencia, con lo que constituirá un título ejecutivo judicial.

No hay previsión expresa alguna respecto a dar publicidad del acuerdo o al alcance de la vinculación respecto a los que puedan no estar conformes con su tenor[17]. Por tanto, parece que son de aplicación las reglas generales sobre relaciones entre procesos individuales y procesos colectivos, así como sobre cosa juzgada.

---

17. Pereira Campos, Santiago, *Procesos colectivos/Class Actions.* I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, IAPL-IADP- IIDP, Buenos Aires, 2012, pp. 208-209, critica estas limitaciones: «No obstante estas referencias del Código Modelo al acuerdo conciliatorio, no se incorporaron disposiciones relativas a los requisitos para la celebración del acuerdo, ni al rol que deberá desempeñar el juez al momento de su intervención, ni a los efectos que un acuerdo de esta naturaleza puede tener sobre las personas que no estuvieron presentes a la hora de su celebración pero que ingresan en la clase o pertenecen al grupo de sujetos que sí lo hicieron».

3.3. El modelo de los Países Bajos

Es especialmente interesante exponer brevemente las características de la regulación neerlandesa de 2005, relativa a los acuerdos colectivos en casos de daños masivos[18], porque en este caso sí que se procedió de manera específica a regular la problemática que es objeto de este análisis y lo hizo teniendo en cuenta cuestiones cuya ausencia he criticado en otros casos[19].

Se prevé que puedan llegar a un acuerdo organizaciones que representen a las víctimas y, en general a quienes buscan compensación de los perjuicios habidos. Una vez logrado el acuerdo extrajudicial, ambas partes pueden comparecer ante el órgano jurisdiccional competente para solicitar que el acuerdo vincule a todos los que han sufrido daños como consecuencia de un evento o de varios eventos previsto en el contrato. Si el tribunal concede la homologación, la vinculación afectará al grupo entero, salvo a los que expresamente hayan solicitado su exclusión (*opting out).*

Como veíamos en las *Class Actions* americanas, la principal preocupación del órgano jurisdiccional debe ser, no tanto la relación entre las partes comparecientes, sino sobre todo las consecuencias que puedan derivarse del acuerdo respecto al conjunto de perjudicados no comparecientes. Se establece que el órgano competente es el Tribunal de Apelaciones de Amsterdam. Pero lo más interesante es que el acuerdo debe cumplir unas exigencias mínimas, que se establecen sólo de manera objetiva, aunque orientativa, en forma de *Soft Law* en el conocido como *Claimcode*[20]*.* De este modo, se sugiere tener en cuenta características como la concreta descripción del grupo de personas dañadas que se encuentran representadas en el acuerdo, la compensación acordada, las condiciones que debe cumplir la persona perjudicada para obtener la compensación o el modo de proceder previsto para obtener la compensación. Debe tenerse en cuenta que se amplió el ámbito de aplicación de estas normas en

---

18. *Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade* de 23 de junio de 2005, que procedió a reformar los artículos 1013-1018 del Código de Proceso Civil (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, BRv) y el articulo art. 7:907-910 del Código Civil (BW).
Vid. https://www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/thenetherlands/legislation

19. No por casualidad Kramer, Xandra E., «Enforcing mass settlements in the European Judicial Area: EU policy and the strange case of Dutch collecive settlements», in *Resolving Mass Disputes. ADR and Settlements of Mass Claims* (Ed. Christopher Hodges and Astrid Stadler), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Glos (UK) — Northampton, MA (USA), 2013, habla del «extraño caso holandés», pp. 74-81. *Vid.* más ampliamente: Van Boom, Willem, «Collective Settlements of Mass Claims in The Netherlands», en *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?* (Eds. Matthias Casper, Andre Jansen, Petra Pohlman y Reiner Shulze), Sellier, Munich, 2009, pp. 171 y ss.
Sobre la eficacia práctica de la ley que estamos comentando brevemente es interesante: Tzankova, Ianika y Hensler, Deborah, «Collective settlements in the Netherlads: some empirical observations», in *Resolving Mass Disputes… op. cit.,* pp. 91-105.

20. *Vid.* https://stichtingservice.nl/wp-content/uploads/2014/07/claimcode-voor-claimstichtingen.pdf

una reforma de 2013, con el fin de incluir casos de concursos de quiebras y con el fin de introducir un intento de conciliación preprocesal[21].

3.4. El caso australiano

En Australia un acuerdo o un desistimiento respecto a pretensiones ejercitadas en procesos colectivos no tienen efectos jurídicos hasta su homologación judicial. Debe precisarse, sin embargo, que no todos los Estados cuentan con regulación sobre la materia, aunque sí hay normativa federal, en concreto en la Sección 33V de la *Federal Court of Australia Act* (FCA)[22].

Con ese acto de valoración del acuerdo, el órgano jurisdiccional comprueba si se trata de un acuerdo equitativo y razonable, teniendo en cuenta las reclamaciones ejercitadas a favor de un grupo de perjudicados que va a quedar vinculado por el acuerdo colectivo y, también aquí hay un control de equidad sobre el fondo del acuerdo, pues no puede haberse adoptado más que en interés del conjunto de los afectados, así como de los actores y demandados. En la práctica se exige la suficiente publicidad para los miembros del grupo, con unos contenidos mínimos[23].

---

21. Por otra parte, en la actualidad se encuentra en tramitación una nueva modificación del Código Civil y del Código Procesal Civil para permitir la reparación de daños masivos en una acción colectiva. El objetivo es hacer más atractiva esta vía colectiva y reforzar la calidad de la representatividad, así como coordinar mejor los procesos colectivos pendientes.
Se aplicará el régimen para las acciones colectivas en virtud del Artículo 3: 305a del Código Civil de los Países Bajos, independientemente de si están destinadas a una obtener una compensación en efectivo o no. Se perfilan más concretamente las exigencias relativas al actor representativo en términos de gobierno interno, financiación y representatividad, aunque se flexibiliza la norma en los casos en que la imposición de tales requisitos se pueda considerar desproporcionada.
Se establece que la reclamación colectiva debe tener una relación suficientemente estrecha con la esfera jurídica holandesa. Todos los procesos colectivos deben presentarse ante el Tribunal de Distrito de Amsterdam a través de un proceso de reclamación y deben inscribirse en un registro de procesos colectivos. Si son varias las organizaciones que pretenden iniciar el proceso derivado del mismo evento o de eventos relacionados con cuestiones fácticas y legales similares, el juez designará el que considere el más apropiado como «defensor exclusivo» para todas las víctimas, aunque el resto de organizaciones no designadas seguirán siendo parte en el proceso. Tras la designación del juez, debe darse a los perjudicados la posibilidad de retirarse del proceso colectivo, sin que eso suponga renuncia alguna a su derecho. Finalmente, la decisión del juez en el proceso es vinculante para todas las víctimas que no han optado por no participar *(opting out)*.
Vid. https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34608_wet_afwikkeling_massaschade?zoekrol=vgh5mt4dsdk1

22. «Settlement and discontinuance--representative proceeding
(1) A representative proceeding may not be settled or discontinued without the approval of the Court.
(2) If the Court gives such an approval, it may make such orders as are just with respect to the distribution of any money paid under a settlement or paid into the Court».

23. Era la *Practice Note CM 17* la que establecía una larga lista de elementos para assegurar una correcta notificación de las características del proceso colectivo y de la propuesta de acuerdo. Sin embargo, esta recomendación fue sustituida el 25 de Octubre de 2016 en un marco de modificacions más general, con lo que ahora es necesario atender a la *Class Actions Practice Note (GPN-CA),* sobre la que puede consultarse: http://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/practice-documents/practice-notes/gpn-ca

La regulación no establece directamente criterio alguno para la aprobación judicial del acuerdo, pero sí la exigencia de notificación a los miembros ausentes. Sin embargo, la flexibilidad del Derecho anglosajón hace que en la práctica haya tenido importancia la propia jurisprudencia[24] y, además, en la actualidad sea prioritaria la *Class Action Practical Note* de 2016. En ella se establece que los datos requeridos para la homologación normalmente deben incluir los siguientes extremos:

(a) la complejidad y la duración probable del litigio;
(b) la reacción del grupo ante el acuerdo;
(c) la fase del procedimiento en que se encuentren;
(d) los riesgos respecto a la responsabilidad;
(e) los riesgos de determinar pérdidas o daños;
(f) los riesgos de seguir adelante con el proceso colectivo;
(g) la capacidad del demandado para afrontar un proceso de mayor volumne;
(h) el rango de razonabilidad del acuerdo a la luz de la mejor compensación que pueda obtenerse;
(i) el rango de razonabilidad del acuerdo a la luz de todos los riesgos concomitantes al proceso; y
(j) los términos de cualquier opinión emitida por el abogado o de cualquier experto independiente en relación con las cuestiones que puedan surgir en el procedimiento.

Se establece además que de los documentos que se aporten para apoyar la homologación se deduzca:

(a) cómo el acuerdo cumple con los criterios para la aprobación del acuerdo;
(b) por qué se ha llegado a ese acuerdo en concreto;
(c) el efecto de esos términos en los miembros del grupo (es decir, la cantidad que deben recibir en concreto a cambio de renunciar s sus reclamaciones y si los miembros de la clase reciben un trato igual o diferente y por qué);
(d) la forma de distribución de los fondos de liquidación;
(e) el momento en que se prevé que los fondos de liquidación serán entregados los miembros de la clase de manera anticipada;
(f) la frecuencia con que se remitirán al tribunal los informes sobre la distribución de los fondos de liquidación;
(g) los términos del acuerdo respecto a los costes, incluida la razonabilidad de las costas;
(h) los términos de cualquier acuerdo respecto a la financiación respecto al proceso y su aplicación concreta, si se aprueba el acuerdo;

24. Así el caso *Williams v. FAI Home Security Pty Ltd* [(No 4) (2000) 180 ALR 459]

(i) una respuesta ante cualquier objeción en contra de la aprobación del acuerdo planteado; y
(j) cualquier cuestión que el tribunal solicite.

Para todo ello, se entiende como esencial la notificación sobre el posible acuerdo, a partir de lo previsto en la sección 33X de la *FCA,* en su apartado cuarto[25]: «Salvo que el tribunal estime que hay razones para ello, no debe someterse a homologación ninguna propuesta sometida conforme a la sección 33V si no se ha notificado previamente a los miembros del grupo». La flexibilidad respecto a esta exigencia se extiende en relación con el momento procesal en deba procederse a este trámite *(«at any stage»),* pero con el importante criterio de cualquier notificación respecto a los procesos colectivos debe llevarse a cabo tan pronto como sea posible *(«as soon as practicable after the happening of the event to which the notice relates»).*

Queda aquí la duda acerca de la extensión de los efectos del acuerdo alcanzado, o dicho de otra manera: ¿Cuál es el objetivo de la notificación acerca del acuerdo? ¿Que los interesados en la vinculación den un paso adelante o que lo den los que quieren ser excluidos del grupo por querer intentar defender sus intereses por su cuenta? La sección 33J se refiere al derecho a optar por la exclusión del grupo y la 33ZB se refiere a los efectos de la decisión en un proceso representativo, pero no al ámbito subjetivo de la vinculación del acuerdo[26]. Por eso se han planteado dudas acerca de si los descontentos con el acuerdo pueden autoexcluirse para mantener su derecho a reclamar por separado.

El punto 14.6 de la *Class Action Practical Note* exige que el tribunal sea informado periódicamente sobre la ejecución del acuerdo (incluidos los pasos dados en cuanto a la distribución prevista en el acuerdo), así como los costes de gestión que haya podido haber, con el fin de que la compensación para el actor y los miembros del grupo se realice de la manera más eficiente y rápida posible.

---

25. *«(4) Unless the Court is satisfied that it is just to do so, an application for approval of a settlement under section 33V must not be determined unless notice has been given to group members.*
(5) The Court may, at any stage, order that notice of any matter be given to a group member or group members.
(6) Notice under this section must be given as soon as practicable after the happening of the event to which the notice relates».

26. *«A judgment given in a representative proceeding:*
(a) must describe or otherwise identify the group members who will be affected by it; and
(b) binds all such persons other than any person who has opted out of the proceeding under section 33J».

3.5. El ejemplo británico

La aplicación de los acuerdos para resolver controversias en el ámbito procesal civil tiene una larga tradición jurídica en el *Common Law* hasta el punto de ser calificada como una «*standard practice*», que además ha sido estimulada aún más por recientes reformas[27]. Como afirma HODGES, en ello tiene una importancia fundamental la actitud de los jueces, pues la insistencia en afrontar lo antes posible la cuestión de la asimetría de información entre las partes promueve el acuerdo[28]. La flexibilidad y el aumento de las facultades del juez para gestionar el proceso siguen siendo claves.

Si el proceso representativo ya ha comenzado, el tribunal debe ser informado en caso de que se haya alcanzado un acuerdo. Para ello puede suspenderse o paralizarse la tramitación[29]. Hay una regulación específica para el *Competition Appeal Tribunal* (CAT): en caso de que se haya iniciado un proceso colectivo con la modalidad *opting in* se impide llegar a una acuerdo previo al momento en que haya transcurrido el tiempo establecido según la regla 95 de las *CAT Rules*[30]. En cambio, si la modalidad es *opting out,* cualquier propuesta de acuerdo procedente del demando debe hacerse al representate del grupo y cabe también que se presente tal propuesta ante el tribunal por el representante del grupo o por el demandado que pretenda vincularse al acuerdo resultante.

Es interesante mencionar que la petición, para obtener la aprobación judicial, debe contener:

(a) los detalles de la reclamación que pretende ser acordada;
(b) la fijación de los términos del acuerdo, incluidos cualquier disposición sobre el pago de los costes, tasas o reembolsos;
(c) una declaración por la que los solicitantes expresan que los términos de la propuesta son justos y razonables, apoyados por medios probatorios que deben incluir cualquier informe de un e;perto independiente o de los representantes legales de los solicitantes sobre el fondo del acuerdo colectivo;
(d) la especificación de cómo cualquier cantidad que se acuerde será pagada y distribuida;
(e) la inclusión como anexo de un borrador de resolución aprobatoria del acuerdo colectivo; y

---

27. HODGES, Christopher, «Settlement and its pitfalls in England and Wales», in *Resolving Mass Disputes..., op. cit.,* pp. 106-131.

28. HODGES, Christopher, «Settlement...», *op.cit.,* p. 125.

29. *Vid.* MURPHY, Frances, SHAH, Omar, MESQUITTA, Paul and WALSH, Emma, *Class/collective actions in the UK (England and Wales): overview,* in https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-618-0351?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)#co_anchor_a165653

30. https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2017-11/The_Competition_Appeal_Tribunal_Rules_2015.pdf

(f) el establecimiento del modo en que el representante del grupo propone dar cuenta a los miembros del grupo de la presentación de la solicitud a los miembros del grupo del apartado 11[31]; o a los miembros del grupo del apartado 12[32].

Como es lógico, se permite a cualquier persona representada que comparezca que presente alegaciones por escrito u oralmente en la audiencia convocada para la aprobación del acuerdo. El criterio para la aprobación es que se trate de un acuerdo «justo y razonable» para lo cual el tribunal debe tener en cuenta las circunstancias relevantes del caso, incluyendo:

(a) la suma total y los términos del acuerdo, incluidas cualquier cláusula sobre pago de gastos, tasas o reembolsos;
(b) el número, aunque sea estimado, de personas que pueden estar incluidas en el acuerdo;
(c) la posibilidad de que la resolución que pudiera obtenerse si continuara el proceso colectivo diera lugar a la obtención de una suma significativamente mayor a la del acuerdo;
(d) la posible duración y coste del proceso colectivo si éste continua;
(e) cualquier opinión de un experto independiente o de algún abogado de los solicitantes;
(f) los puntos de vista de cada persona representada o de cada miembro del grupo; y
(g) las cláusulas relativas a la disposición de cualquier sobrante de la cantidad acordada, no considerándose en sí misma irrazonable que pueda consistir en su devolución al demandado

Cuando el tribunal apruebe la propuesta, el representate debe notificar los términos del acuerdo y su aprobación a los miembros del grupo referidos en los párrafos 11 y 12, y a cualquier otra persona que el tribunal disponga. Si alguna de las personas representadas o miembros del grupo deben estar con-

---

31. «*(11) Where the Tribunal approves the collective settlement after the expiry of the period specified in the collective proceedings order in accordance with rule 80(1)(h)(ii) or (iii) within which persons may opt out or (if not domiciled in the United Kingdom) opt in to the collective proceedings, the collective settlement approval order binds all represented persons except— (a) a person who opts out of the collective settlement by notifying the class representative in a manner and by a time specified in the collective settlement approval order; and (b) a person who is not domiciled in the United Kingdom on the domicile date and does not opt in to the collective settlement by notifying the class representative in a manner and by a time specified in the collective settlement approval order*».

32. «*(12) Where the Tribunal approves the collective settlement before the expiry of the period referred to in paragraph (11), the collective settlement approval order binds all class members except— (a) a person who opts out of the collective settlement by notifying the class representative in a manner and by a time specified in the collective settlement approval order; and (b) a person who is not domiciled in the United Kingdom on the domicile date and does not opt in to the collective settlement by notifying the class representative in a manner and by a time specified in the collective settlement approval order*».

sideradas fuera del acuerdo, el tribunal puede permitir la continuación del proceso colectivo respecto a ellas, ordenar la modificación de la demanda colectiva o proceder a cualquier otra adaptación que considere adecuada. En caso de no aprobar la propuesta de acuerdo, continuará el proceso sin que estas consideraciones emitidas para la obtención de un acuerdo vinculen, salvo en lo que las partes expresamente acuerden.

4. La autocomposición como vía de solución de conflictos colectivos en el Derecho europeo

No es extraño que una organización de especial integración que —aparte de empezar como Comunidad que reguló en común la explotación del carbón y el acero[33] y con la Euratom[34]— básicamente fue perfeccionándose como Comunidad Económica Europea[35] —o como era frecuente denominarlo en la época, como «Mercado Común Europeo»— para llegar a lo que hoy conocemos como Unión Europea, tras sucesivas reformas, tuviera un evidente componente esencial de naturaleza económica, como unión aduanera de libre intercambio económico. Por eso las instituciones comunitarias se preocuparon bien pronto de la protección de uno de los elementos claves en cualquier mercado: los consumidores y su acceso a la justicia[36].

No es necesario aludir a los numerosos textos que fueron presentados como informes, como comunicaciones de la Comisión a las instituciones comunitarias o incluso como Directivas para elevar el nivel de seguridad de los consumidores, tanto en las relaciones de consumo transfronterizas como en la armonización de las diversas normas de los respectivos ordenamientos internos. Junto a la propuesta y aprobación de principios, recomendaciones e incluso de normas vinculantes respecto a la protección jurisdiccional de los consumidores, ha habido una continua referencia a vías extrajudiciales con el objetivo de conse-

---

33. Este fue el origen de la Unión Europea con el Tratado de París de 1951. Es, sin duda, muy significativo que los dos mayores países fundadores de esta organización supranacional su origen fueran los que durante mucho tiempo habían puesto periódicamente a sus jóvenes generaciones a luchar entre sí y, bajo los auspicios de importantes europeístas, dispusieran frente a esa lógica destructiva la explotación conjunta de los recursos básicos para la industria siderúrgica, es decir, la que, entre otros muchos productos, había producido los cañones y muchas de las armas de las guerras que hasta pocos años antes habían asolado Europa.

34. Se trata de la Comunidad Europea para la Energía Atómica, creada en Roma en 1957.

35. Creada también en 1957 por el Tratado de Roma.

36. Téngase en cuenta que en el lenguaje jurídico-comunitario usual la mencionada expresión «acceso a la justicia» no se utiliza con exclusiva referencia a los problemas de acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que puede acoger también el acceso a otros medios que permitan a los consumidores y usuarios el ejercicio eficaz de sus derechos a través de otras como los procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje, o incluso la intervención de órganos administrativos encargados de tutelar los intereses de los consumidores.

guir de manera más simple y rápida el mismo objetivo, entre las que obviamente se encuentran las autocompositivas.

La tradición jurídica europea, sin embargo, ha sido remisa a la utilización amplia de cauces colectivos para la satisfacción de pretensiones en materia de consumo, pero sin duda puede hablarse de ciertos antecedentes que conviene recordar y, sobre todo, tenemos sobre la mesa una propuesta que alude específicamente al tema de nuestro estudio y, por consiguiente, es imprescindible considerar.

4.1. Algunos antecedentes

En 1985 se presentó un detallado *Memorándum sobre el acceso de los consumidores a la justicia en los Estados miembros*[37], en el que, a partir de los documentos anteriores, se pasaba examen a la situación de la Comunidad y de los Estados miembros en cuanto al acceso a la justicia y, en concreto, a la reparación de daños; para ello la Comisión debía promocionar acciones adaptadas a cada Estado miembro con el objetivo final de asegurar que los consumidores pudieran beneficiarse de un mismo nivel de protección en toda la Comunidad. El mencionado *Memorándum* fue completado por la *Resolución del Parlamento Europeo* de 13 de marzo de 1987[38], que invitaba a la Comisión a la proposición de una Directiva para armonizar las legislaciones de los Estados miembros relativa a la protección de lo que denomina «los intereses colectivos de los consumidores». Con la *Comunicación complementaria*[39], de 7 de febrero de 1987, se pretendió ofrecer una base de discusión adicional teniendo en cuenta la evolución más reciente del acceso a la justicia de los consumidores.

También se refirió específicamente al acceso de los consumidores a la justicia, la *Resolución del Consejo de 25 de junio de 1987* (DO núm. C 176, de 4 de julio), que entre otras referencias, reconocía el derecho de los consumidores a la reparación de los daños sufridos a raíz de la compra o del uso de productos defectuosos o como consecuencia de servicios insuficientes mediante procedimientos rápidos, eficaces y poco onerosos, y subrayaba el importante papel de las organizaciones de los consumidores, así como los organismos e instituciones públicas competentes. Como consecuencia del estudio realizado en a través de la técnica del Libro Verde[40] y de las consultas realizadas sobre el mismo,

---

37. *Bulletin des Communautés Européennes. Supp.* 2/85

38. DO núm. C 99, de 13 de abril de 1987.

39. COM (87) 210 final.

40. Libro Verde de la Comisión de 16 de noviembre de 1993 sobre el acceso de los consumidores a... con el consumo en el mercado único, COM (93) 576 final.

se elaboró un *Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior*[41], en el cual se propone la creación de un contexto favorable a la solución de conflictos intracomunitarios a través de políticas coordinadas. Para ello se examinan los procedimientos extrajudiciales en los Estados miembros y las iniciativas nacionales en materia de acceso a los procedimientos judiciales, observando la necesidad de dirimir rápidamente, a un coste razonable y de forma equitativa los conflictos transfronterizos como condición indispensable para la buena marcha de las transacciones intracomunitarias y, en definitiva, para el éxito del Mercado interior.

Por lo que se refiere a la utilización de mecanismos extrajurisdiccionales para la resolución de los litigios de consumo, es importante la *Comunicación de la Comisión, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo*[42], que recuerda los problemas de acceso de los consumidores individuales a la justicia por los elevados costes, la larga duración de los procesos y los obstáculos psicológicos existentes. Para atenuar estas dificultades plantea tres posibilidades: la simplificación y mejora de los procesos, la estimulación de acuerdos entre consumidores y profesionales superando los problemas derivados de la falta de información, los problemas lingüísticos de los litigios transfronterizos, etc., para lo cual se presenta como proyecto piloto un «formulario europeo de reclamación para el consumidor», y, por último, se propone la instauración de procedimientos extrajudiciales como la mediación, la conciliación o el arbitraje. Por su parte, la *Recomendación 98/257/CE, de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*[43], estableció una serie de principios que debe respetar todo órgano existente o que pueda crearse con la finalidad de resolver los litigios en materia de consumo por vías extraprocesales: independencia, en función de la imparcialidad de la acción del órgano decisor; transparencia en el procedimiento; contradicción de las partes interesadas para que puedan dar a conocer su punto de vista a la institución competente y puedan tener conocimiento de todas las posturas y de todos los hechos alegados en el procedimiento, así como de las declaraciones de los expertos; eficacia del procedimiento; legalidad de la decisión; libertad en el sometimiento a estos procedimientos y, finalmente, la posibilidad de que las partes se hagan representar o acompañar por un tercero en todas las partes del procedimiento.

---

41. COM (96) 13 final, 14 de febrero de 1996.

42. COM (98) 198 final, de 30 de marzo de 1998.

43. DO nº L 115, de 17 de abril de 1998.

Cabe destacar el *Libro Verde de la Comisión, de 27 de noviembre de 2008, sobre recurso colectivo de los consumidores*[44], la *Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo»*[45], la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Hacia un marco horizontal europeo del recurso colectivo»* de 11 de junio de 2013[46] y, de la misma fecha, la *Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión* (DO nº L 201).

En el ámbito de las vías de protección extrajurisdiccional de los intereses de los consumidores y usuarios, completando las referencias contenidas en la ya mencionada Recomendación 98/257/CE aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, la *Recomendación de la Comisión* de 4 de abril, *relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*[47] se refiere a los procedimientos en los que simplemente se pretende acercar a las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo. El *Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil* [COM (2002) 196 final] procedió a una amplia consulta sobre las cuestiones jurídicas que plantean estas vías extrajurisdiccionales como son la mediación y la conciliación. Estos trabajos preparatorios se concretaron en la *Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifican el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*[48], que generaliza y armoniza este tipo de resolución de litigios en el ámbito del consumo en la Unión Europea como vía rápida, sencilla y asequible para los litigios entre los consumidores y los comerciantes, tanto nacionales como transfronterizo, habida cuenta de que «los mecanismos de resolución alternativa de conflictos no se han establecido correc-

---

44. COM(2008) 0794.

45. DO nº C 239E, 20 de agosto de 2013. Em este documento se afirmaba, con buen criterio, que donde se considera, con buen criterio, que «cuando un número de ciudadanos son víctimas de una misma infracción, las acciones individuales pueden no constituir un medio eficaz para poner fin a las prácticas ilegales de que se trate u obtener una indemnización, especialmente cuando la pérdida individual es pequeña en comparación con los costes del litigio» y además, «el funcionamiento general de los instrumentos existentes de indemnización y tutela para el consumidor concebidos a escala de la UE no se considera satisfactorio, o que tales mecanismos no son suficientemente conocidos, lo que conlleva que sean poco utilizados»

46. COM(2013) 401 final.

47. DO nº L 109, de 19 de abril de 2001, p. 56.

48. DO nº L 165, de 18 de junio de 2013.

tamente ni funcionan satisfactoriamente en todas las áreas geográficas o sectores empresariales de la Unión» y el *Reglamento (UE) Nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE* (DO nº L 165), complementario de la anterior, pues fue la base para la creación de una plataforma de resolución de litigios en línea que ofrece a los consumidores y comerciantes una ventanilla única para la resolución alternativa de litigios que se deriven de contratos de compraventa o de prestación de servicios en línea celebrados entre un consumidor y un comerciante establecidos en la UE, a través de las entidades de resolución alternativa conectadas con esa plataforma.

4.2. Los «acuerdos» en la propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación de los intereses colectivos de los consumidores

En abril de 2018 se configura lo que se denomina «Un nuevo marco para los consumidores»[49] dirigido a la modernización del acervo en materia de consumo y que se concreta básicamente en dos paquetes legislativos:

— Una propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo, la Directiva 98/6/CE, la Directiva 2005/29/CE y la Directiva 2011/83 por lo que respecta a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE[50];
— Una segunda propuesta de Directiva 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[51].

Es esta última propuesta, que expresamente «pretende facilitar la obtención de resarcimiento por parte de los consumidores cuando muchos de ellos son víctimas de la misma infracción, en una situación denominada de perjuicio masivo», la que nos interesa en este punto, pues además de suscitar numeras cuestiones de interés desde el punto de una adecuada configuración de un proceso colectivo, afronta directamente la regulación de los acuerdos colectivos en su artículo 8.

---

49. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo [COM(2018) 183 final] de 11 de abril de 2018.

50. COM(2018) 185 final, de 11 de abril de 2018.

51. COM(2018) 184 final, de 11 de abril de 2018.

No es sorprendente, dados los antecedentes cautelosos sobre la materia, que se configure como una facultad de los Estados y no como un mínimo normativo que todos los Estados miembros deberían cumplir. Así pues, se establece que éstos últimos «podrán establecer que una entidad habilitada y un comerciante que hayan llegado a un acuerdo relativo a la reparación de los consumidores afectados por una práctica presuntamente ilegal de ese comerciante puedan solicitar conjuntamente a un órgano jurisdiccional o a una autoridad administrativa que lo apruebe». La alusión a la «entidad habilitada» es ya conocida suficientemente, hasta en nuestro Derecho interno (arts. 6.1.8º y 11.4 LEC), pero no por ello deja de ser susceptible de alguna crítica por el intervencionismo administrativo que demuestra y, además, por una eventual tendencia a la indebida «petrificación» de las entidades a las que se permita ser parte legítima en los procesos colectivos europeos, si no se procede a una actualización frecuente de la lista de entidades.

Por otro lado, aunque estamos acostumbrados también a normativas de mínimos en el Derecho Europeo, en mi opinión volvemos a algunos de los defectos de las normas intergubernamentales de carácter multilateral, es decir, en lugar de querer provocar reformas normativas garantistas en los ordenamientos más atrasados en estas materias, el prelegislador europeo se contenta con abarcar las diversas posibilidades ya existentes, y por ello no parece inmutarse por colocar al mismo nivel una homologación jurisdiccional que una homologación administrativa. El riesgo es que el legislador interno encargado de una futura trasposición, como ha ocurrido otras veces, se limite a copiar sin más el tenor de la norma europea, y no a tratar de mantener el más alto nivel de garantías para el acuerdo que pueda homologarse y, con ello, a obtener directamente los máximos efectos posibles que la legislación interna permita para un cumplimiento forzoso y, en definitiva, la más rápida eficacia del acuerdo.

Se añade que la solicitud de homologación se admitirá sólo si no existe ningún otra «acción de representación»[52] en curso ante el órgano jurisdiccional o ante la autoridad administrativa del mismo Estado miembro en relación con el mismo comerciante y con respecto a la misma práctica. Se trata, pues, de una medida que pretende controlar la litispendencia, por tanto con el loable propósito de evitar decisiones contradictorias o meramente distintas, pero tam-

---

52. Es desafortunada la expresión de «acción de representación», por lo menos por dos motivos: en primer lugar, porque es más sencillo hablar de «proceso colectivo», con lo que obviamos todo el consabido debate sobre el concepto de acción (*Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*¸ Civitas, Madrid, 2010, p. 173, y LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, «Acciones colectivas y ejercicio de facultades dispositivas», en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (Coords. Teresa Armenta Deu y Silvia Pereira Puigvert), Marcial Pons, Madrid. p. 72), y em segundo lugar, porque si de verdad se trata de procesos colectivos no estamos ante supuestos de representación en sentido clásico («estar en nombre de») sino más bien de representatividad por la cual el demandante puede ejercitar derechos ajenos, pero siempre en nombre propio, como verdaderas partes procesales.

bién con todas las dificultades prácticas que ello puede conllevar si el tenor del artículo se refiere a un control de oficio.

Es correcta la admonición a los órganos competentes para que «en cualquier momento» puedan «invitar a la entidad habilitada y al demandado, tras haberlos consultado, a llegar a un acuerdo relativo a la reparación en un plazo razonable». Ello dependerá de las circunstancias concretas del caso y de las posiciones de las partes procesales, más o menos propicias a llegar a transacciones según los avances del procedimiento[53].

Una de las cuestiones más interesantes que hemos visto en los ejemplos de Derecho comparado es el control que debe realizar el órgano competente para llegar a la decisión de homologar el acuerdo planteado. En el apartado cuarto del artículo 8 que estamos analizando se establece que «el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa evaluará la legalidad y la equidad del acuerdo, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de todas las partes, incluidos los consumidores afectados». Lo cual supone, no una mera comprobación formal, sino que obliga a entrar en el fondo procurando especialmente evitar que el acuerdo se haga en fraude de los miembros del grupo afectados, pero ausentes del proceso colectivo. Se echa en falta la determinación de criterios más concretos, ejemplos de los cuales he mencionado abundantemente en apartados anteriores.

Como decíamos, el órgano competente, si durante la tramitación del proceso observa circunstancias propicias puede derivar la pretensión a la negociación o a otras vías autocompositivas[54]; para ello concederá un plazo razonable para intentar el acuerdo. Si transcurre el tiempo sin lograrlo continuará el proceso colectivo, aunque no se establece referencia alguna a eventuales obligaciones de confidencialidad.

Otra de las cuestiones que sería necesario determinar, como hemos visto en varios ejemplos, es cómo se produce la vinculación a los miembros del grupo de perjudicados. No se atreve la propuesta a concretar nada en este aspecto, pues se limita a obligar a dar a los consumidores afectados «la posibilidad de

---

53. Específicamente el apartado tercero del artículo 8 de la propuesta determina que «Los Estados miembros velarán por que el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa que haya dictado la resolución declarativa definitiva mencionada en el artículo 6, apartado 2, esté capacitado para solicitar a las partes de la acción de representación que, en un plazo razonable, lleguen a un acuerdo en relación con la reparación que debe concederse a los consumidores sobre la base de esta resolución definitiva.» El artículo aludido se refiere a la responsabilidad del comerciante por infracción legislativa cuando la cuantificación individual resulte compleja.

54. Nada impediría, por otro lado, a mi entender, que *de lege ferenda* se arbitraran también vías de mediación en estos supuestos. Sobre las dificultades que ello puede conllevar *vid.* Castillejo Manzanares, Raquel, «El procedimiento de mediación en acciones colectivas», en *Acciones colectivas…, op. cit.,* pp. 408-411.

aceptar o rechazar someterse a los acuerdos referidos»[55], que es decir bien poco, lo que, desde una perspectiva favorable a una eficaz conformación del proceso colectivo, nos deja en una situación de frustración, en especial si lo comparamos con la avanzada legislación de los Países Bajos. Nada se dice sobre la exigencia de una publicidad adecuada del acuerdo obtenido, ni de cómo se procederá a incluir o a excluir a los eventuales miembros del grupo de perjudicados.

5. Conclusión

La amplia experiencia de otros ordenamientos contrasta con las graves limitaciones sobre los acuerdos colectivos en el Derecho español, en el cual, dicho sea de paso, la regulación de los procesos colectivos ha demostrado con rotundidad sus importantes limitaciones y su escasa eficacia práctica. Se impone, por consiguiente, una nueva regulación integral, en la que no podrá faltar la previsión de la admisión de acuerdos entre los adecuados representantes y las contrapartes, con un efectivo control no sólo de forma, sino de contenido, a través del que se ejerciten las imprescindibles facultades mayores que debe tener el órgano jurisdiccional para evitar que tales transacciones se hagan en perjuicio de aquellos que ignoran o que no pueden o no quieren comparecer a defender su derecho en el proceso colectivo.

Ante esta necesidad, que —siendo realistas— pocos ven como apremiante, escasamente va a ayudar la propuesta de Directiva de 11 de abril de 2018 relativa a las «acciones de representación», si no cambia de manera radical su tenor. Las reservas y omisiones son tantas y tan importantes que siguen demostrando una escasa voluntad de las autoridades europeas de reforzar el derecho a la tutela judicial efectiva para aquellos que tienen dificultades, como perjudicados, de superar las desigualdades materiales para un verdadero acceso a la justicia y una adecuada satisfacción de sus pretensiones, incluso a través de acuerdos equilibrados con el refuerzo de su aprobación jurisdiccional.

Las circunstancias políticas mandan, pero sería razonable que nuestro legislador emprendiera el camino de un perfeccionamiento de la regulación en esta materia, sin tener que esperar a un requerimiento de la Unión Europea, que por lo que vamos viendo seguirá yendo por detrás de lo conveniente.

---

55. Se añade por último que «La reparación obtenida a través de un acuerdo aprobado de conformidad con el apartado 4 se entenderá sin perjuicio de ningún derecho adicional a reparación que los consumidores en cuestión puedan tener conforme a la legislación de la Unión o nacional».

4 | La protección procesal de los consumidores en el sector bancario. Especial referencia a los intereses de demora, los gastos de apertura de la hipoteca tras las reciente polémica acerca del IAJD y las hipotecas multidivisa

Prof. Dr. David Vallespín Pérez
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

RESUMEN: El presente artículo se centra en el análisis de la compleja protección de los consumidores en el sector bancario, con una especial referencia a las últimas novedades jurisprudenciales, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativas a los intereses de demora, los gastos de apertura de la hipoteca y las hipotecas multidivisa. Desde el punto de vista del IAJD, se examina la decisión del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 6 de noviembre de 2018, así como el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

ABSTRACT: This article focuses on the analysis of the difficult consumer protection in the banking sector, with particular reference to new judgments, both from the Spanish Supreme Court, and the Court of Justice of the European Union, about the default interests, the mortgage contracting costs and the multicurrency mortgage. From the perspective of Tax on Capital Transfers and Documented Legal Acts, we analyze the decision of the Plenary Session of the Third Chamber of the Spanish Supreme Court, of November 6, 2018; as well as the Royal Decree-Law No.17/2018, of November 8, which modifies the Tax on Capital Transfers and Documented Legal Acts, approved by Royal Legislative Decree No.1/1993, of September 24.

PALABRAS CLAVE: Contratación bancaria - Intereses de Demora - Gastos de Apertura de la Hipoteca - Impuesto de Actos Jurídicos Documentados - Hipotecas Multidivisa

KEYWORDS: Banking contracts - Default interests - Mortgage contracting costs - Tax on Capital Transfers and Documented Legal Acts - Multicurrency mortgage

SUMARIO: I. Consumidores y sector bancario (planteamiento general). II. Los intereses de demora. III. Los gastos de apertura de la hipoteca. Especial referencia al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y su nuevo tratamiento en el Real Decreto-ley 17/2018. IV. Las hipotecas multidivisa.

I. Consumidores y sector bancario (planteamiento general)

Es propia de la contratación bancaria la formalización de numerosos contratos en masa o adhesión, alejados de la negociación, que son un fenomenal caldo cultivo para la proliferación, en este controvertido sector económico, de diferentes cláusulas contractuales abusivas, derivadas de la falta de transparencia y con notables implicaciones, en negativo, para con los derechos que corresponden a consumidores y usuarios[1]. De ahí, precisamente, que estemos ante un ámbito de actuación ciertamente complejo en el que la reconstrucción de la protección de los consumidores y usuarios debe conducir, en buena medida, a la toma en consideración, en paralelo, tanto del ejercicio de acciones individuales como colectivas[2].

Son muchas las situaciones problemáticas del sector bancario que nos afectan, a diario, como las relativas a las tarjetas de crédito, la banca on-line, el cobro de comisiones desproporcionadas e injustificadas por la realización de operaciones muy simples, la reforma del sistema de garantía hipotecaria en un entorno de crisis económica y financiera, con especial incidencia en el procedimiento de ejecución hipotecaria, el terreno resbaladizo de las preferentes y subordinadas y, por lo que ahora interesa, la individualización de diferentes cláusulas abusivas incluidas en el ámbito del crédito inmobiliario: vencimiento anticipado, suelo, gastos de apertura, IRPH, intereses de demora, e hipotecas multidivisa.

Concretamente, dada la actualidad que las acompaña como consecuencia de muy recientes resoluciones tanto de nuestro Tribunal Supremo como del Tribu-

1. ADÁN DOMÉNECH, F. *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Wolters Kluwer (Bosch), Barcelona, 2017, p. 60; FORTEA GORBE, J.L. *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, Wolters Kluwer (La Ley), Madrid, 2017, p. 248; TOLEDANO JIMÉNEZ, M.A. *Reclamación de la cláusula suelo y gastos hipotecarios*, CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos, núm. 195, 2017; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: aspectos procesales y acciones colectivas*, Wolters Kluwer (Bosch), Barcelona, 2018, pp. 109 y ss.

2. AURIOLES MARTÍN, A — MAYORGA TOLEDANO, Mª.C. «*La protección del usuario de servicios bancarios*», en *Derecho de los consumidores y usuarios*, I, coordinada por De Arce León y García, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1186 y ss; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Litigios sobre consumo: aspectos procesales y acciones colectivas, ob, cit,* pp. 47 y ss y 113.

nal de Justicia de la Unión Europea, centraremos nuestra atención en los próximos apartados de este estudio tanto en las cláusulas de intereses moratorios o de gastos de apertura de la hipoteca (con especial alusión al IAJD), como en aquella modalidad del préstamo hipotecario conocida como «hipoteca multidivisa».

II. Los intereses de demora

El interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir también al prestatario de retrasarse, gratuitamente, del cumplimiento de sus obligaciones. Tiene carácter indemnizatorio y se cobra, exclusivamente, cuando el consumidor, por impago o retraso en el abono de la cuota correspondiente, incumple sus obligaciones. El interés de demora no debe confundirse, bajo ningún concepto, con el interés remuneratorio, pues este último consiste en el precio o retribución que la entidad bancaria cobra por la entrega de dinero en concepto de préstamo[3].

El punto de partida en orden a examinar las hipotéticas cláusulas abusivas relativas a los intereses moratorios cabe situarlo en el art. 85.6 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, en virtud del cual cabe estimar como abusivas aquellas cláusulas que suponen la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla con sus obligaciones. Y ello sin perjuicio de la importancia que cabe reconocer a la STJUE de 14 de marzo de 2013[4] en orden a la fijación de ciertos criterios de valoración que permitan concluir acerca del carácter abusivo o no, de una cláusula de intereses de demora, hasta el punto de que ésta bien pudo marcar la aprobación de la Ley 1/2013, de medidas de protección de deudores hipotecarios, por la que se añadió un apartado 3 al art. 114 de la Ley Hipotecaria[5]; precepto éste, en todo caso, que debe interpretarse sin perder de vista

---

3. Respecto la cláusula de intereses de demora, por todos, véanse: Adán Doménech, F. *La identificación y alegación de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, ob, cit*, pp. 70 y ss; Alonso Pérez, M.T. «*Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios por adquisición de vivienda: cláusulas suelo, cláusulas de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados (en particular su posible carácter abusivo)*, en *Vivienda y crisis económica*, dirigida por el propio autor, Thomson Reuters — Aranzadi — Cizur Menor, Navarra, 2014; Fortea Gorbe, J.L. *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, ob, cit*; Jiménez Cardona, N. *Los intereses de demora abusivos tras la Sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018*, Práctica de Tribunales, núm. 134, septiembre-octubre de 2018, pp. 1 y ss; Vallespín Pérez, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas, ob, cit,* pp. 119 y ss.

4. STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (C-415/11) — (La Ley 11269/2013).

5. De conformidad con el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria, los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo pueden devengarse sobre el principal pendiente de pago.

lo dispuesto en los arts. 1108 del Código Civil[6] y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[7].

Así las cosas, nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de 22 de abril de 2015[8], heredera en gran medida de la STJUE de 21 de enero del mismo año[9], terminó por concluir que una cláusula de intereses moratorios puede considerarse abusiva cuando, como así dispone el art. 576 LEC, sobrepasase en dos puntos porcentuales al interés legal del dinero. Sin duda, un hito en cuanto a la fijación de esta visión jurisprudencial vino representado por la STS de 3 de junio de 2016[10], en la que se terminó por estimar como abusivo un interés de demora firmado, en su día, con el banco, y fijado en el 19 por ciento. A partir de este momento dos son los elementos que cabe ponderar en orden a concretar la naturaleza abusiva o no, de una cláusula de interés de demora: los porcentajes económicos referidos en diferentes textos legales; y elementos tales como la comparación del tipo pactado, o el hecho de pensar, racionalmente, que dicha cláusula, de haberse negociado de forma individual, hubiere sido aceptada por el consumidor afectado[11].

Pese a los esfuerzos de nuestro Tribunal Supremo, especialmente constatables en su Sentencia de 3 de junio de 2016, lo cierto es que la cuestión acerca de la abusividad de las cláusulas de intereses de demora ha seguido sin ser pacífica. Ello explica, precisamente, que sobre esta materia se planteasen, tanto por el Tribunal Supremo, como por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, diferentes cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[12].

---

6. En atención a lo dispuesto en el art. 1108 del Código Civil, si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios, salvo pacto en contrario, consistirá en los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal).

7. Según el art. 576 LEC, a falta de pacto de las partes o de disposición legal especial, se establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero. Sobre esta previsión legal, por todos, véanse: Jiménez Cardona, N. *Los intereses de demora abusivos tras la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, ob, cit,* p.2; Vallespín Pérez, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas, ob, cit,* pp. 122-123.

8. STS núm. 265/2015 (Sala Primera), de 22 de abril de 2015 (La Ley 49720/2015).

9. STJUE (Sala Primera) de 21 de enero de 2015 (C-482-2013) — (La Ley 28/2015).

10. STS núm. 364/2016, de 3 de junio de 2016 (La Ley 57892/2016).

11. Jiménez Cardona, N. *Los intereses de demora abusivos tras la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, ob, cit,* p. 3.

12. Para un más completo estudio de su contenido, véase, por todos: Díaz Fraile, J.M. *Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho Comunitario (A la luz de las conclusiones del Abogado General del TJUE Sr. Nils Wahl, presentadas el 22 de marzo de 2018)*, Notario y Registradores, 8 de abril de 2018, pp. 4 y ss.

La resolución de tales cuestiones prejudiciales ha tenido lugar con motivo del dictado de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de agosto de 2018[13], que supone, a todas luces, un aval a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en orden a rechazar los intereses moratorios abusivos. El TJUE ha concluido, de una parte, que será cláusula contractual abusiva toda aquella relativa a los intereses de demora recogida en los contratos de préstamo concertados con consumidores que no haya sido objeto de negociación, y que responda al criterio de que dicho interés moratorio sea superior en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio que hayan pactado las partes; y, de otra, que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a aquella jurisprudencia en atención a la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, por la que se establece el tipo de interés de demora, consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que por ello dejen de devengarse los intereses remuneratorios que hubieren sido pactados en el contrato de préstamo.

Señalar, por último, que la situación descrita también debe ponerse en relación, en el momento actual, con el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (121/000012), de 17 de noviembre[14], pues éste contempla un art. 23, guiado en buena medida por normas imperativas sobre la materia que encuentran su origen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016[15], según el cual «*1. En el caso de un préstamo concluido o avalado por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles, para uso residencial, el interés de demora será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulta exigible. Los intereses de demora solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2 LEC. 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario*».

13. STJUE (Sala Quinta), de 7 de agosto de 2018 (C-96/16 y C-94/17) — ((La Ley 101886/2018).

14. Con fecha 8 de noviembre de 2018, el Consejo de Ministros ha anunciado, junto a la reforma relativa al sujeto pasivo del IAJD, que dicho Proyecto, sobre el que se han presentado más de 200 enmiendas, será objeto de tramitación por la vía de urgencia.

15. Vallespín Pérez, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas, ob, cit,* p. 120.

III. Los gastos de apertura de la hipoteca. Especial referencia al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y su nuevo tratamiento en el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre

Entre los gastos de apertura de la hipoteca, ya analizados en orden a su posible carácter abusivo en la STS de 1 de junio de 2000[16], cabe incluir los notariales, registrales, los de gestoría, los derivados de las cargas tributarias y de la tasación de la finca en cuestión e, incluso, los relacionados con una hipotética condena en costas en el marco de un proceso judicial[17].

La STS de 23 de diciembre de 2015[18], en lo que supuso un notable avance ya apuntado en relación a un contrato de compraventa con la STS de 25 de noviembre de 2011[19], dictaminó que cabe apreciar como abusivos los gastos de la hipoteca cuando éstos no hayan sido repartidos entre la entidad bancaria y el cliente. En consecuencia, aquellas cláusulas propias de los préstamos hipotecarios por las que se impongan al prestatario consumidor la totalidad de los gastos de formalización, preparación y ejecución del préstamo, pueden ser consideradas y declaradas nulas. Ello es así, porque no permiten la distribución equitativa de tales gastos, no existe reciprocidad de obligación y producen, en la práctica, un importante desequilibro entre las partes contratantes[20].

Con todo, esta sentencia puede calificarse de inconcreta, pues no delimitó, en momento alguno, qué parte de dichos desembolsos económicos debiera corresponder sufragar a la entidad bancaria y cuál al consumidor. El efecto derivado de esta inconcreción ha sido, hasta hace muy poco, una significativa disparidad de criterios entre los órganos jurisdiccionales.

Mientras nuestra jurisprudencia, de forma casi unánime, ha dispuesto que el hipotecado goza del derecho a la recuperación, total o parcial de lo pagado, respecto a los gastos de registro, notaría y gestoría; la inseguridad de los consumidores se ha centrado, en especial, en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados[21].

---

16. STS (Sala Primera), núm. 550/2000, de 1 de junio (La Ley 9195/2000).

17. Jiménez Cardona, N. *El controvertido reparto de los gastos de la apertura de la hipoteca. Especial referencia a los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados tras las SSTS de 15 de marzo de 2018*, Práctica de Tribunales, núm. 132, mayo-junio, 2018, pp. 1 y ss; Vallespín Pérez, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas, ob, cit,* pp. 141 y ss.

18. STS (Sala Primera) núm. 705/2015, de 23 de diciembre (La Ley 204975/2015).

19. STS (Sala Primera) núm. 842/2011, de 25 de noviembre (ROJ 7981/2011).

20. Jiménez Cardona, N. *El controvertido reparto de los gastos de apertura de la hipoteca. Especial referencia a los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados tras las SSTS de 15 de marzo de 2018, ob, cit,* p. 2.

21. Agüero Ortíz, A. *Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (Gastos, Efectos y Plazos)*, Revista CESCO, de Derecho de Consumo,

Esta situación, sin embargo, cambió con motivo del dictado de dos Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018[22], que traen causa de dos recursos de casación basados en sendas reclamaciones de consumidores contra una cláusula de escritura de préstamo con garantía hipotecaria por la que se les atribuía a ellos, en cuanto prestatarios, el pago total de los gastos e impuestos generados por la concreta operación de crédito inmobiliario.

Ambas resoluciones judiciales de 2018, en lo que supone un jarro de agua fría para los hipotecados[23], terminaron por concluir, con apoyo en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo[24], no solo que el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados debe corresponder al prestatario, que es su sujeto pasivo; sino también, respecto al timbre de los documentos notariales, que el impuesto correspondiente a su matriz debe abonarse por partes iguales entre ambas partes, así como el correspondiente a las copias por quien, en verdad, las solicite:

> *«En lo que respecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas: a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de préstamo, el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario. b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario. c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y las copias autorizadas. Respecto a la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo aquello casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados que grava los documentos notariales»*.

---

núm. 20, 2016, pp. 8 y ss; Nieto Carol, U. *Cláusula suelo y cláusulas abusivas. La repercusión de los gastos notariales delos préstamos hipotecarios*, El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid, núm. 71, enero-febrero de 2017, pp. 30 y ss; Vallespín Pérez, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas, ob, cit,* p. 143.

22. STS (Sala Primera) núm. 147/2018, de 15 de marzo de 2018 (ROJ 848/2018) y STS (Sala Primera) núm. 148/2018, de 15 de marzo de 2018 (ROJ 849/2018).

23. Jiménez Cardona, N. *El controvertido reparto de los gastos de apertura de la hipoteca. Especial referencia a los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados tras las SSTS de 15 de marzo de 2018, ob, cit,* p. 3.

24. Por todas, véase la reciente STS (Sala Tercera) núm. 1799/2017, de 22 de noviembre de 2017 (ROJ 4178/2017).

Ambas Sentencias del Tribunal Supremo parecen haberse centrado en determinar quién sea o deje de ser el sujeto pasivo de este tributo, lo que es ajeno a la propia contratación; cuando lo cierto es que la verdadera discusión de fondo planteada al hilo de ambos recursos de casación consistía en determinar si era o no abusiva aquella cláusula contractual relativa a los gastos de la hipoteca (especialmente respecto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados) y si ésta era nula y, por tanto, cuál debiera ser, en este caso, la consecuencia derivada de la declaración de dicha nulidad.

De hecho, en los supuestos valorados por el TS en sus Sentencias de 15 de marzo de 2018, los clientes afectados pagaron el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, pero lo hicieron, aun cuando sean sus sujetos pasivos desde un punto de vista tributario, por aplicación de una cláusula abusiva y, por extensión, nula. Ello bien pudiera haber permitido defender, de haberse puesto el acento en la cuestión civil y no tanto en la tributaria, que la única forma de borrar la situación ocasionada con dicha cláusula, declara nula, por abusiva, es la restitución vehiculada al amparo del art. 1303 del Código Civil[25].Esta conclusión puede hacerse descansar también en el hecho de que el principal interesado en la documentación en inscripción de un préstamo con garantía hipotecaria es la propia entidad bancaria, pues gracias a ello obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de una ejecución especial. Es el propio banco, con la elevación a público del préstamo, su posterior registro y el pago del impuesto, quien se ve beneficiado y consolida su posición de privilegio ante el impago del prestatario.

Esta visión del tema, precisamente, es la que cabe constatar en la base del viraje jurisprudencial que en orden a la delimitación del sujeto pasivo del IAJD ha supuesto la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sección Segunda de la Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018[26]. Esta resolución judicial, debatida conjuntamente con otras dos coetáneas en el tiempo[27] y contraria a la doctrina consagrada en las SSTS de 15 de marzo de 2018, de la Sala Primera, termina por concluir, de una parte, que es necesario cambiar la jurisprudencia sobre el sujeto pasivo del IAJD en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, pues el obligado al pago del tributo en estos casos lo es el acreedor hipotecario, ya que éste es, en verdad, el sujeto en cuyo interés se documenta en ins-

---

25. Jiménez Cardona, N. *El controvertido reparto de los gastos de apertura de la hipoteca. Especial referencia a los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados tras las SSTS de 15 de marzo de 2018, ob, cit,* p. 3.

26. STS (Sala Tercera) núm. 1505/2018, de 16 de octubre de 2018 (La Ley 135931/2018). Lo controvertido de dicha resolución judicial viene demostrado al incorporar ésta dos Votos Particulares (uno discrepante y otro concurrente pero con otra motivación).

27. STS (Sala Tercera) núm. 1523/2018, de 22 de octubre de 2018 (La Ley 145208/2018) y STS (Sala Tercera) núm. 1531/2018, de 23 de octubre de 2018 (La Ley 147167/2018).

trumento público el préstamo que se ha concedido y la hipoteca que se ha constituido en garantía de su devolución; y, de otra, que el art. 68.2 del Reglamento de este impuesto no tiene el carácter interpretativo o aclaratorio que le otorgaba la jurisprudencia hasta ahora vigente, sino que más bien supone un exceso que hace ilegal la previsión que incorpora, motivo por el que procede declarar, en consecuencia, su ilegalidad.

Como era de esperar este brusco cambio jurisprudencial ha provocado una tormenta en el sector financiero. De ahí, precisamente, que tan solo un día más tarde de la publicación de la STS de 16 de octubre de 2018, el Presidente de su Sala Tercera, en lo que constituye una «insólita» nota informativa (de 19 de octubre) que ha llegado a amparar en una criticable mención a la «*enorme repercusión económica y social*» de la resolución, ha comunicado su decisión de «suspender» los efectos derivados de su aplicación y ha informado sobre la adopción de dos grandes acuerdos: el primero, dejar sin efecto todos los señalamientos sobre recursos de casación pendientes con un objeto similar; y, el segundo, avocar al Pleno de la Sala, por la vía del art. 264 LOPJ, el conocimiento de alguno de estos recursos pendientes, para así decidir acerca de la confirmación o no de dicho giro jurisprudencial.

Todo ello, sin obviar, como se ha visto obligado a precisar por medio de otra nota informativa (de 22 de octubre) el Presidente del Tribunal Supremo, que el Acuerdo de la Sala Tercera de 19 de octubre de 2018, sobre la determinación del sujeto pasivo del IAJD que grava las escrituras públicas que documentan préstamos con garantía hipotecaria, es firme y no susceptible de revisión por el Pleno de la Sala Tercera, produciendo plenos efectos entre las partes en litigio y respecto a la anulación del art. 68.2 del Reglamento del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. En consecuencia, la función de dicho Pleno, fijado para el día 5 de noviembre de 2018, más bien debería haber sido la de «aclarar» diferentes puntos necesitados de concreción y, en especial, lo relativo a su hipotética retroactividad, con precisión también, sí procede, de su limitación en el tiempo.

Celebrado este Pleno de la Sala Tercera del TS y en lo que ha constituido una «sorpresa», pues todo apuntaba, en un principio, a una solución «salomónica» de la cuestión; parece posible concluir que el martes 6 de noviembre de 2018 pasará a la historia de nuestro Tribunal Supremo (no parece que para bien), pues en dicha fecha nuestro máximo órgano jurisdiccional ordinario, tras lo que ha parecido ser un «duro» y «encendido» debate entre los Magistrados que integran el Pleno de su Sala Tercera y corrigiéndose, asimismo, en apenas tres semanas; ha decidido, en relación al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados de las hipotecas (IAJD), por 15 votos contra 13, que éste deba ser pagado por el prestatario, esto es, el cliente (así puede leerse en una mini-nota

informativa que refiere, sin más, que el contenido de las sentencias se conocerá en los próximos días)[28].

La desastrosa imagen de un Pleno de la Sala Tercera del TS (la de lo Contencioso-Administrativo), absolutamente dividido, bajo la sospecha más que fundada de «deslealtades internas» y «falta absoluta de coordinación» entre sus miembros, es la consecuencia lógica de un cúmulo de «despropósitos» en los que el Presidente de dicha Sala parece, incluso por lo que se ha filtrado, que ha jugado un papel determinante y decisivo en orden al cierre del debate y la votación final.

Un «viraje jurisprudencial» del calado e intensidad como el incorporado en la ya «famosa» sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 2018, hubiera sido más pertinente que hubiese sido fijado por su Pleno y no, como aconteció en la práctica, por su Sección Segunda. Una correcta aplicación del art. 264 LOPJ de naturaleza preventiva, fruto de un mayor control del Presidente de la Sala acerca de lo que acontece en ella (también en sus Secciones), así como quizás también de una mayor lealtad institucional del Presidente de la Sección Segunda, hubiese evitado tener que asistir al «circense» espectáculo de las últimas semanas que, por desgracia, ha afectado, y mucho, a la imagen de nuestro sistema de justicia y, en particular, al prestigio de nuestro TS.

La nota informativa del Presidente de la Sala Tercera del TS, de 19 de octubre de 2018, parece que «sorprendido» por el contenido de la sentencia de 16 de octubre de su Sección Segunda, jamás debió incorporar expresiones tan poco acertadas para justificar avocar la ponderación de dicha resolución judicial al Pleno de la Sala Tercera, como la relativa a la «*relevancia social y económica*» del tema objeto de debate. Con esa peculiar motivación a nadie puede extrañar, en un contexto como el actual, que la ciudadanía pudiese pensar que dicha «reacción» del Presidente de la Sala Tercera bien pudiera obedecer a ciertas «presiones» del lobby bancario. De ahí, precisamente, que hoy nadie pueda reprochar a los ciudadanos, sin perjuicio del «populismo» que también nos invade, que «tengan la sensación» de que el Tribunal Supremo haya alcanzado una conclusión no solo jurídica, sino también «conveniente» para las entidades bancarias y, sobretodo, por mucho que pase desapercibido, para las Haciendas de las Comunidades Autónomas (muchas de ellas en situación extrema tanto por su deficiente gestión económica como por un sistema de financiación necesitado de reforma desde hace mucho tiempo) y el propio Gobierno central (ve favorecidas sus expectativas de cumplimiento de déficit para con Bruselas y, por extensión, se ahorra problemas en orden al crecimiento de la Deuda Pública).

---

28. Para un análisis exhaustivo y crítico sobre esta polémica, por todos, véase: VALLESPÍN PÉREZ, D. *IAJD y Tribunal Supremo: historia de una mala gestión, ajena al sentido común, que precisa de una urgente reforma legal*, Diario La Ley, núm. 9294, Sección Temas de Hoy, 8 de noviembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer, pp. 1 y ss.

El «conclave judicial» al que hemos asistido en el Pleno de la Sala Tercera, repleto de intensas y encontradas deliberaciones, de haber contado con un Presidente del Tribunal Supremo con capacidad para aplicar su autoridad bien entendida (razonable es que pida perdón por una deficiente gestión, pero quizás hubiere sido mejor que hubiese fomentado una mayor coordinación del órgano que preside), jamás debió haber concluido con una imagen de absoluta división de la Sala Tercera del TS (15 votos a favor de recuperar la jurisprudencia precedente al 16 de octubre de 2018, de tal forma que sea el cliente quien pague el IAJD; y 13 votos conformes con ratificar, por aplicación de la doctrina derivada de la resolución de 16 de octubre de 2018 (y otras dos que le siguieron en la misma línea interpretativa), que sea el banco quien corra con el pago de dicho tributo).

Por lo poco que ha trascendido los primeros, que han resultado «victoriosos», han defendido, en todo momento, con seguimiento en buena medida del Voto Particular discrepante del Magistrado Dimitry Berberoff que acompañó a la sentencia de 16 de abril de 2018 (conveniencia de indagar, prejudicialmente y desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea, acerca de las consecuencias que no solo respecto al IVA, sino también para la libre circulación de capitales, comporta considerar sujeto pasivo del IAJD al banco), que no había motivos para cambiar el criterio jurisprudencial tradicional de la Sala Tercera respecto a que el sujeto pasivo del IAJD se corresponde con los clientes, pues, a su juicio, el fallo responsable del cambio de criterio se basó en una resolución de la Sala Civil que consideró abusivo que se imputen indiscriminadamente a los consumidores todos los gastos de las hipotecas, matizada más tarde en el mes de marzo en el sentido de que su pronunciamiento no lo fue sobre el resultado concreto de la atribución de gastos, sino en relación a una acción colectiva; mientras que los segundos, que han visto «derrotada» su posición, defendieron que el único interesado en que se inscriba un préstamo con escritura pública es el banco, pues solo con esa inscripción podrá, si hay impagos, ejecutar la hipoteca.

En mi opinión y, sin perjuicio del máximo respeto que me merece toda decisión judicial, una vez constatado el «giro jurisprudencial» marcado por la sentencia de la Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018, bien pudiera haber sido más «inteligente» y, por descontado, igual de amparable desde un punto de vista jurídico, que se hubiese optado por una decisión «transaccional» en la línea de mantener vigente el criterio fijado el 16 de octubre de 2018, siendo el banco quien debiera pagar el IAJD, pero sin reconocer efecto retroactivo alguno a dicho cambio de criterio.

Ante este panorama que se acaba de exponer bien haríamos, entre todos, en buscar una «salida razonable» a este tema. El Tribunal Supremo, con su proceder, no ha sido ejemplar, pero no olvidemos, en paralelo, que nuestros repre-

sentantes políticos (de cualquier signo y color), que ahora se «rasgan las vestiduras» y prometen «rebajas fiscales» ante la decisión del TS, durante muchos años han pecado por omisión o inacción, sin dar respuesta legal a una clara demanda social y, por extensión, tampoco poniéndoselo fácil, fruto de la inseguridad jurídica, al órgano situado en la cúspide de nuestra pirámide jurisdiccional ordinaria.

Nuestros representantes políticos, más allá de entretenerse con «tweets» más o menos incendiarios o bien fundamentados, propios del perpetuo calendario electoral en el que vivimos y de la utilización populista de las redes sociales; bien harían en ponerse a trabajar, de inmediato, pues ya llegan tarde, en actualizar la Ley y Reglamento del IAJD y, por supuesto, en aprobar, de una vez por todas, una Ley de Contratos del Crédito Inmobiliario, cuyo Proyecto se presentó en noviembre de 2017 y que, a día de hoy, con todo lo que ha «llovido», no ha sido impulsado de forma decidida y responsable, si bien se encuentra en pleno debate parlamentario.

El Consejo de Ministros del día 8 de noviembre de 2018 ha abordado el tema en la dirección que se acaba de exponer. Y éste también podría ser un buen momento para que la banca intente recuperar parte de su imagen, especialmente maltrecha con motivo de la crisis financiera e inmobiliaria de los últimos años. En esta dirección, alejados de medidas «populistas» como la relativa a la supresión del IAJD (a nadie escapa que su supresión sería «compensada» por otras figuras fiscales, máxime dado los efectos que ello tendría desde la perspectiva de ingresos en las arcas públicas y, en especial, de las Comunidades Autónomas); así como también de una visión de «mercado» que bien pueda pretender que todo se quedé como está; se ha optado por fijar que la banca sea, a partir de ahora (sin efecto retroactivo), la encargada de pagar el IAJD.

Para ello, por la vía del Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, el Gobierno, tras justificar la vía del decreto-ley en atención a razones de extraordinaria necesidad, así como ponerse la «venda antes de la herida» en orden a justificar, constitucionalmente, una modificación tributaria mediante dicho cauce; ha terminado por modificar los arts. 29 y 45 del TRLITPAJD: se modifica el art. 29 para determinar que el sujeto pasivo de dicho impuesto, cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, sea el prestamista, esto es, el banco[29]; y el art. 45 en el sentido de que aquellos supuestos en los que el prestatario venga gozando de

29. Se modifica el art. 29 que queda redactado en los siguientes términos: «*Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés*

una exención subjetiva sigan quedando exceptuados de gravamen sin que se vean afectados por la reforma del art. 29[30].

De igual forma, este Decreto-ley 17/2018, en tanto no se proceda a revisar con carácter general el régimen jurídico del Impuesto de Sociedades, añade una Disposición Final Primera que realiza ajustes en dicho impuesto vinculados a lo regulado en el nuevo Decreto-ley, de 8 de noviembre de 2018: «*Con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, se añade una nueva letra m) en al art. 15 de la Ley 27/1994, del Impuesto sobre Sociedades, que queda redactada de la siguiente forma: m) La deuda tributaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales, en los supuestos a que se refiere el párrafo segundo del art. 29 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre*».

Este Decreto-ley, como así dispone su Disposición Final tercera, ha entrado en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE de 9 de noviembre de 2018, núm. 271), siendo lo cierto que está llamado a resultar de aplicación en aquellos contratos de préstamo hipotecario que se formalicen a partir del lunes 12 de noviembre de 2018. Con todo, aun reconociendo la seguridad jurídica que pueda derivar de esta «ágil» respuesta legislativa (a perfeccionar, sin duda, con la aprobación inmediata de la Ley de Contratos del Sector Inmobiliario, si es que el Gobierno español no quiere verse sometido a una elevada «multa comunitaria» por su retraso en transponer la correspondiente Directiva)[31]; lo cierto es que el auténtico valor de la nueva norma va a depender, en buena medida, de si los bancos, como algunas agencias de calificación ya vaticinan y muchos podemos temer, no terminan por «repercutir» el pago del IAJD, como nuevo «gasto», en sus clientes, ya sea bajo el camuflaje de nuevas comisiones o, en su caso, de la subida de diferenciales.

De ser así, el Decreto-ley, de 8 de noviembre de 2018, no pasaría de ser, en el mejor de los casos, una «buena obra» legislativa carente de aplicación real en los bolsillos de los clientes; y, en el peor, un claro ejemplo de «populismo tribu-

---

se expidan. Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».

30. Se añade un apartado 25 en el art. 45.1.B) con la siguiente redacción: «*25. Las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria en las que el prestatario sea alguna de las personas o entidades incluidas en la letra A) anterior*».

31. Por lo que ha trascendido, la ponencia sobre este texto legislativo incorpora un acuerdo político, coherente con el Decreto-ley 17/2018, para repartir los gastos de las hipotecas: los gastos notariales y de registró, junto al IAJD, correrán a cargo de la banca, mientras que los de tasación son objeto de atribución al cliente.

tario». Solo el tiempo lo dirá, máxime si también tenemos presente que el Gobierno ha anunciado también, en el Consejo de Ministros del jueves 8 de noviembre, la creación de una autoridad independiente para la protección de los derechos de los clientes en el sector bancario. En cualquier caso, bien está empezar a poner coto a esta controversia y actuar, como así ha anunciado el Presidente del Gobierno, con diligencia.

IV. Las hipotecas multidivisa

Como así ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2015[32], un préstamo hipotecario multidivisa no es un simple préstamo hipotecario, sino más bien un instrumento financiero complejo, pues estamos ante una garantía hipotecaria, a interés variable, en la que la moneda en la que se referencia la entrega de capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en la que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada período suele ser distinto del tradicional Euribor.

En las hipotecas multidivisa[33], que bien pueden ser calificadas como híbrido financiero, el cliente contrata la hipoteca en euros, pero sus cuotas y la cantidad a amortizar se calculan, periódicamente, en la divisa elegida, ya sean yenes, francos suizos u otra divisa. En consecuencia, todo lo que baje el euro frente a la divisa elegida supone, en última instancia, una pérdida para el cliente, quien vive en euros, pero tiene una hipoteca a la que debe hacer frente en otra divisa. Ello, dada la volatilidad del mercado, ha terminado por provocar situaciones, no exentas de dramatismo personal, en que los inmuebles han bajado de precio y las cantidades a desembolsar al banco, como cuotas hipotecarias, se han incrementado de forma notable.

Al vender este peculiar producto, las entidades bancarias se dedicaron, fundamentalmente, a explicitar sus ventajas respecto a la reducción del tipo de interés, pero lo cierto es que se les «olvidó» completar dicha información precon-

---

32. STS 323/2015 (Sala Primera), de 30 de junio de 2015 (La Ley 89376/2015).

33. Sobre esta compleja modalidad hipotecaria, véanse, entre otros: Fortea Gorbe, J.L. *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas, ob, cit,* pp. 494 y ss; Muñoz Pérez, A.F. «*Derivados financieros y crédito hipotecario en la jurisprudencia*», en el libro colectivo dirigido por Flores Raña y Raga Gil, *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en el ámbito de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2016; Navas Navarro Lafuente, V. *Hipotecas multidivisa.»Deberes precontractuales de información y error vicio. Perfil experto del cliente. Comentarios a la STS de 30 de junio de 2015*», Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 99, septiembre-diciembre, 2015, pp. 706 y ss; Vallespín Pérez, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas, ob, cit,* pp. 168 y ss; y *Las hipotecas multidivisa desde la perspectiva de los derechos de la Unión Europea y Monetaria de información precontractual*, Libro colectivo derivado de la Jornada «Sobre el futuro de la Unión Económica y Monetaria», dirigido por el Prof. Dr. Andreu Olesti Rayo, Barcelona, 2018 (en prensa).

tractual con la mención del elevado riesgo que implicaban[34]. Por si fuera poco, los bancos tampoco se ocuparon de detectar un perfil adecuado de cliente, por su experiencia y conocimientos, para este tipo de hipotecas. Ello ha provocado, precisamente, que tanto nuestro Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se hayan visto obligados a terciar ante un problema que afecta en España, fruto de la burbuja inmobiliaria, a gran número de damnificados.

Sin duda, es de destacar el papel que en esta materia corresponde a la STJUE de 20 de septiembre de 2017[35], en la que se han fijado los criterios que deben conducir a considerar como abusiva una hipoteca concedida en moneda extranjera: los bancos son los que deben facilitar a sus clientes toda aquella información suficiente como para que éstos puedan tomar sus decisiones no solo fundadas, sino también guiadas por la prudencia; así como también son los encargados de comunicar la posibilidad de apreciación y o depreciación de la divisa de los préstamos y, por extensión, los efectos en las cuotas que deriven del tipo de cambio y de la apreciación del tipo de interés de la divisa del préstamo en cuestión[36].

Tan es así, que la mera presencia del notario no exime al banco de la exigencia de darle al cliente toda la información contractual previa al otorgamiento de la escritura. La simple lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos, en modo alguno, el cumplimiento del deber de transparencia sobre la hipoteca multidivisa.

Por lo que hace referencia a cuál deba ser la información precontractual propia de las hipotecas multidivisa, tomando en consideración que son las entidades bancarias las que tienen la carga de la prueba no solo sobre la evaluación del perfil de sus clientes, sino también sobre la verificación de que éstos, en realidad, entendían lo riesgos que asumían con su contratación; resulta oportuno señalar que ella debiera incorporar, en todo caso, el siguiente contenido[37]: a) que el importe del capital del préstamo denominado en la divisa inicial es la equivalencia, al tipo de cambio fijado, del importe que los prestatarios necesitan en euros; b) que la variación del importe de las cuotas, debida a la fluctuación de la divisa, puede ser tan considerable que puede poner en riesgo su capacidad real para afrontar los pagos comprometidos; c) que la fluctuación

34. Vallespín Pérez, D. *Litigios sobre consumo: aspectos procesales y acciones colectivas, ob, cit,* p. 170.

35. STJUE (Sala Segunda), de 20 de septiembre de 2017 (C-186-206) — (La Ley 123057/2017).

36. SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 22 de enero de 2018, núm. 140/2018, Id. CENDOJ: 08019370152018100008.

37. Sobre este particular, por todos: Vallespín Pérez, D. *Las hipotecas multidivisa desde la perspectiva de los derechos de la Unión Económica y Monetaria de información precontractual, ob, cit*.

de la divisa supone recalcular constantemente el capital prestado, con lo que ello implica a los efectos de consolidación de la deuda (si ante la intención de amortizar el préstamo o ante el impago del mismo, el capital pendiente es superior al inicialmente entregado, habrá de ser por este importe, el incrementado, por el que se cancele la deuda o, en su caso, se ejecute la hipoteca); y d) que si como consecuencia de la fluctuación de la divisa el contravalor en euros del importe pendiente de amortizar es superior en ciertos límites, el deudor tendrá que aumentar la garantía, reembolsar la diferencia o, en su caso, ampliar la propia hipoteca.

Toda esta información previa debe ser no solo transparente, sino también comprensible, no sea que las entidades bancarias tengan la torticera tentación de pensar que cumplen con su obligación mediante una información tan detallada y farragosa que, en la práctica, pese a que en apariencia pueda parecer muy transparente, no sea más que una información «saturada» dirigida a que los clientes, en verdad, no entiendan nada de aquello sobre lo que les está informando.

De no existir una información suficiente sobre la hipoteca multidivisa y sobre los riesgos que le son inherentes cabe constatar, como así ha reconocido la STS de 15 de noviembre de 2017[38], una clara situación de desequilibrio entre el banco y sus clientes, ciertamente abusiva[39]. Ello es así, porque ante el cambio de divisa no solo crece la cuota de la hipoteca y el principal de la deuda, sino que el banco tiene también la posibilidad, en determinadas circunstancias, de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortización en un proceso de ejecución hipotecaria.

En estos casos, como así ha reconocido nuestro Tribunal Supremo, se ha optado por la nulidad parcial de la cláusula, pues no afecta al préstamo como tal, que subiste como si se hubiere concedido en euros, pero sí debe verse «podado» de su apartado «multidivisa»[40]. La consecuencia concreta de esta declaración de nulidad parcial del préstamo multidivisa, previa expulsión del contrato de las cláusulas referentes a las divisas, es el recalculo del préstamo en euros desde su inicio, debiendo reintegrarse al capital la diferencia resultante en concepto de amortización, y devolviendo los intereses que se hayan abonado en exceso[41].

---

38. STS 608/2017 (Sala Primera), de 15 de noviembre de 2017 (La Ley 15653/2017).

39. Zunzunegui, F. *La toxicidad de las hipotecas multidivisa. Las entidades deben rendir cuentas por no haber cumplido con las normas de protección del inversor*, Sección de Opinión de El País, 24 de julio de 2015.

40. Vallespín Pérez, D. *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas, ob, cit,* p. 174.

41. Por su claridad sobre este tema véase, a título de ejemplo, la SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 47/2018, de 26 de enero de 2018 (La Ley 13379/2018). En este caso, se indicó en la demanda inicial que se contrató una hipoteca por un importe total de 24.445.926 yenes equivalentes a 152.963 euros y que, tras ocho años desde su suscripción, el

Llegados a este punto resulta oportuno señalar que el que la hipoteca multivisa incluya una cláusula que permita transformar el préstamo a euros no puede conducir a concluir que se elimina el riesgo de este producto, automáticamente, para los clientes. Es verdad que la posibilidad de cambio de divisa es un mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en aquellas situaciones de previsible apreciación futura de la divisa, pero no es menos cierto que por sí mismo no supone la eliminación de los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, así como tampoco dispensa al presdisponente de sus obligaciones de transparencia relativas a la información precontractual que las entidades bancarias deben suministrar a sus potenciales clientes.

Ante la realidad descrita en las líneas precedentes de esta apartado, es necesario traer a colación, para terminar, la referencia a la información precontractual, desde la perspectiva de la Unión Europea, que incorpora el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario[42].

Este Proyecto, en este punto, ha ido más allá de la simple transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, pues parte, en todo caso, de la elemental garantía del prestatario en orden a tener a su disposición toda la información necesaria que le permita comprender, en su integridad, la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar. Como es fácil pensar, este principio de transparencia en su vertiente material adquiere una notable dimensión respec-

---

capital pendiente de amortizar ascendía a 187.277,90 euros, es decir, 34.000 euros por encima del capital prestado, añadiéndose que no se explicaron los riesgos de la operación y que fue el director de la oficina bancaria el que recomendó expresamente el producto. El juez *a quo* basó la declaración de nulidad de la cláusula en entender que no supera el control de transparencia, pues su redacción no es lo suficientemente clara y comprensible a fin de que pudiese conocer el cliente, con sencillez, tanto la carga económica como jurídica que suponía el mecanismo multidivisa con los riesgos concretos asociados a su concreto y determinado funcionamiento, en especial que el tipo de cambio de la divida elegida no solo se aplica para fijar el importe en euros de las cuotas periódicas, sino también para determinar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recalculo constante del capital prestado y podía suceder, como de hecho así sucedió, que pasado el tiempo y pagadas las cuotas hipotecarias el capital del préstamo, finamente, aumentase. Siendo esto así, también concluye esta sentencia que la falta de transparencia y nulidad del mecanismo multidivisa debe conllevar la nulidad parcial del contrato con eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, el cual quedará referenciado en euros y amortizado en euros. Por todo ello se concluye, en el terreno de los efectos derivados del carácter abusivo de la cláusula multidivisa, que debe declararse la nulidad parcial del contrato de préstamo declarando que la cantidad debida es el saldo pendiente referido en euros que resulte de disminuir del importe prestado de 152.963 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses, también convertidos en euros y, condenando a la demandada a recalcular todas las cuotas de amortización desde el inicio de la relación teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor en euros y fijando el nuevo capital pendiente en autos aplicando como tipo de interés la referencia al Euríbor, así como a devolver la diferencia cobrada de más y sus intereses legales.

42. Sobre su significado en esta materia, por todos: Vallespín Pérez, D. «*Una visión procesal acerca de las principales novedades introducidas en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos inmobiliarios*», en *Liber Amicorum al Prof. Dr. Francisco Ramos Méndez*, coordinado por el Prof. Dr. Manuel Cachón, Atelier, Barcelona, 2018.

to a las hipotecas multidivisa, motivo éste por el cual no es nada extraño que en el referido Proyecto se incorpore un artículo, el 18, dedicado específicamente, a los préstamos inmobiliarios denominados en moneda extranjera[43] y en el que, entre otras cosas, se dispone que los prestamistas informarán periódicamente al prestatario, en los términos y plazos que se fijen por Orden del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, del importe adeudado con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido y del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercer tal conversión; así como que dicha información será obligatoria cuando el valor del importe adeudado por el prestatario o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 por ciento del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y el euro vigente en la fecha de celebración del contrato de préstamo.

En pleno debate parlamentario sobre el Proyecto de Ley de Contratos Inmobiliarios, pueden constatarse dos posicionamientos enfrentados (y curiosos por las peculiares alianzas que encierran): el primero, representado por Ciudadanos y Unidos-Podemos, que abogan, expresamente, por la «prohibición» de las hipotecas multidivisa, bien de carácter general o en aquellas situaciones en las que los clientes no tengan la formación financiera suficiente para entender los riesgos de dicha operación crediticia; y, el segundo, defendido por el Partido Socialista Obrero Español y el Partido Popular que, por el contrario, se muestran partidarios de no incorporar la prohibición de esta modalidad compleja de préstamo hipotecario, pero sí someterla a los controles de transparencia e información contractual básicos que dimanan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Solo el futuro concretará que posición prevalece, finalmente, en el texto legal aprobado.

43. Vallespín Pérez, D. *Las hipotecas multidivisa desde la perspectiva de los derechos de la Unión Económica y Monetaria de información precontractual, ob, cit*.

5 | La combinación entre actuación pública regulatoria y reclamaciones posteriores de daños: ¿una alternativa a la tormentosa relación entre acciones colectivas y acciones individuales en materia de consumo?

Fernando Gascón Inchausti
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)[*]

SUMARIO: 1. El punto de partida: la difícil relación entre procesos colectivos y procesos individuales en el ordenamiento procesal español. **2.** Una aportación «original» en la Propuesta de Directiva sobre acciones colectivas: el traslado de la mecánica de las acciones *follow-on* al ámbito del consumo. **2.1.** La Propuesta de Directiva sobre acciones colectivas de 11 de abril de 2018. **2.2.** El artículo 10 de la Propuesta: ¿una puerta abierta a la eficacia de resoluciones administrativas sobre procesos civiles en materia de consumo? **a)** *Eficacia vinculante de sentencias que incluyen una orden de cesación o de inhibición y de sentencias meramente declarativas de la existencia de una infracción.* **b)** *La eficacia vinculante de resoluciones administrativas sobre procesos judiciales.* **2.3.** La mecánica *follow-on* en las acciones de daños por infracción de las normas sobre defensa de la competencia. **2.4.** El traslado de esta técnica al ámbito de la tutela de los consumidores. **3.** Conclusión.

* El presente trabajo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación «La armonización del proceso civil en la Unión Europea» (DER 2015-64756-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1. El punto de partida: la difícil relación entre procesos colectivos y procesos individuales en el ordenamiento procesal español

Uno de los numerosos problemas asociados a la protección procesal de los consumidores es la difícil articulación de las relaciones entre acciones individuales y acciones colectivas o, si se prefiere, entre los procesos en que se ejercitan dichas acciones. El problema, por supuesto, deriva de la confluencia de diversos factores, entre los que cabe mencionar, al menos *de lege lata*, los siguientes:

— Ocurre, en primer término, que asignamos la calificación de acciones «colectivas», de forma tan generosa como genérica, a pretensiones de tutela que son muy diversas entre sí: de un lado, a las acciones de carácter cesatorio o inhibitorio, que protegen intereses supraindividuales; y, de otro, a acciones de alcance resarcitorio o reparador *lato sensu*, que sirven para la protección de una pluralidad homogénea de intereses individuales.[2] Estas diversas clases de acciones, de hecho, no son incompatibles entre sí: pretensiones de cesación pueden acompañarse en un mismo proceso de pretensiones de reparación colectiva, como reconocen abiertamente en nuestro ordenamiento el artículo 53 TRDCU (tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) o el artículo 12.2 II LCGC. De un mismo hecho dañoso, pues, pueden derivarse acciones de trascendencia colectiva con contenidos diversos, que, a su vez, pueden ser objeto —o no— de un mismo proceso.
— En segundo lugar, disponemos de normas de legitimación activa para el ejercicio de acciones colectivas que se la atribuyen a un número potencialmente elevado de sujetos y entidades: las asociaciones de consumidores y usuarios, el Ministerio Fiscal, las Cámaras de Comercio o incluso el Defensor del Pueblo en algunos ámbitos. Esta legitimación es formal y extraordinaria, en la medida en que los legitimados no son los titulares de los derechos e intereses en juego en el proceso. Se abre con ello la puerta a la posibilidad de que sujetos distintos puedan estar ejercitando acciones colectivas que se proyecten materialmente sobre las mismas relaciones litigiosas, o sobre relaciones litigiosas que se solapan parcialmente. Las reglas de acumulación de acciones y/o de procesos pueden servir, en algunos

2. Sobre esta cuestión, cfr. por todos J. López Sánchez, «Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos* (I. Díez-Picazo Giménez, J. Vegas Torres, coords.), Madrid, 2016, Vol. I, pp. 1883-1913; del mismo autor, «De la colectivización de acciones individuales a la tutela colectiva inhibitoria y de control abstracto de licitud», en *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil* (dir. J.F. Herrero Perezagua), Cizur Menor, 2015, pp. 173-202.

casos, para solventar este riesgo, pero no de forma necesaria, tanto por motivos de fondo como por razones puramente procesales.[3]

— Un tercer factor de distorsión deriva de que el ejercicio de acciones colectivas no monopoliza la reacción jurisdiccional frente a hechos o actuaciones que lesionen los derechos o intereses de los consumidores: las acciones individuales siguen siendo posibles y, de hecho, son muy frecuentes (en parte por razones culturales —fuerte individualismo—, en parte también por la presión de cierto modelo de abogacía surgida al abrigo de la litigación financiera y bancaria asociada a la utilización de cláusulas abusivas). En consecuencia, pueden convivir acciones colectivas y acciones individuales (entre las que se incluyen los casos en que varias acciones individuales se ejercen de forma acumulada en una misma demanda).

— Por último, y en un plano más general, debe subrayarse que nuestro ordenamiento jurídico nunca ha sido claro y completo a la hora de definir el modelo de tutela colectiva de los derechos por el que ha optado. La litigación masiva asociada primordialmente a la contratación masiva de bienes y servicios que incluían cláusulas abusivas ha puesto de manifiesto, de hecho, las lagunas e ineficiencias del sistema. En efecto, de lo dispuesto en los artículos 11, 15, 221.1 y 222.3 LEC, de un lado, y en los artículos 53 y 54 TRDCU, de otro, no se deduce un sistema bien definido de procesos colectivos: está claro que la legitimación extraordinaria que se ha establecido para el ejercicio de todo tipo de acciones colectivas no se funda ni en la representación *stricto sensu*, ni en la voluntad explicitada de los beneficiarios potenciales del proceso judicial: el nuestro no es, en definitiva, un sistema de *opt-in*. Pero tampoco está claro que sea un sistema de *opt-out*, en la medida en que no se articula de forma expresa la posibilidad de que un consumidor individual se desvincule de los efectos de un proceso colectivo, del tipo que sea. Algunos hemos sostenido que la intervención de los consumidores a título individual que permite el artículo 15 LEC debería poder servir también para lograr ese objetivo[4], pero ha de reconocerse que no parece ser esa la intención inicial del precepto y, en todo caso, haría falta un desarrollo normativo claro respecto del modo en que dicha desvinculación habría de hacerse operativa (básicamente, dando publicidad al derecho a desvincularse y articulando de forma sencilla el modo de hacerlo).

---

3. Cfr. M. Ortells Ramos, «Acción judicial colectiva, acumulación y proceso-modelo como técnicas de tratamiento de los litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia», en *Derecho, Justicia, Universidad* (cit. nota 2), Vol. II, pp. 2373-2415.

4. Cfr. F. Gascón Inchausti, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Madrid, 2010, pp. 126-127; A. Carrasco Perera / Mª.C. González Carrasco, «¿Acciones de clase en el proceso civil?», *Aranzadi Civil*, núm. 3/2001, ep. 3.6.

En definitiva, nuestra jurisprudencia no ha tenido más remedio que afrontar el problema de la litigación masiva y de los procesos —verdadera o falsamente— colectivos en los últimos años con herramientas escasas y, además, de poca calidad; y, adicionalmente, ha tenido que hacerlo en un contexto social de presión y tensión como pocas veces se han visto en el ámbito de la justicia civil. Y el resultado es que, a día de hoy, la relación entre proceso colectivo y procesos individuales sigue siendo oscura. De un lado, el tenor aparentemente claro del artículo 222.3 LEC obligaría a entender que la tramitación de un proceso colectivo en que se haya tutelado una pluralidad de intereses individuales homogéneos zanja la controversia respecto de todos ellos, aunque no hayan intervenido personalmente en el proceso. Por otra parte, la regla del artículo 221.1.2ª LEC debería servir igualmente para determinar la extensión subjetiva de los efectos de las sentencias recaídas en procesos en que se hayan ejercido acciones de tipo cesatorio o inhibitorio, a título principal o como presupuesto de pretensiones resarcitorias.[5]

La aplicación de estas reglas, sin embargo, se ha enfrentado a fuertes dificultades, derivadas en gran medida de la problemática articulación en la práctica de ambos tipos de acciones colectivas entre sí y de estas, a su vez, con las acciones individuales. La abusividad por falta de transparencia de determinadas condiciones generales, por ejemplo, solo se puede proclamar de forma limitada, en relación con modelos contractuales concretos, que varían de un predisponente a otro. Esta gran heterogeneidad de las situaciones jurídico-materiales que son solo aparentemente semejantes explica, entre otros factores, determinados fallos especialmente relevantes, aunque igualmente desconcertantes, en relación con este asunto:

— En primer término, a nivel europeo, la STJUE de 14 de abril de 2016 en el asunto *Sales Sinues*[6], que de forma expresa solo considera incompatible con el Derecho de la Unión la suspensión automática del proceso civil individual por pendencia de un proceso colectivo, pero que, al hacerlo, de manera indirecta, también está negando la posibilidad genérica de que pueda la sentencia dictada en el proceso colectivo producir efectos vincu-

5. Cfr. Mª.P. Calderón Cuadrado, *Tutela civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración)*, Valencia, 2008, pp. 470 y ss.

6. Asuntos acumulados C381/14 y C385/14, ECLI:EU:C:2016:252. Por todos, cfr. M. Aguilera Morales, «Articulación procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho Europeo*, 63 (2017), pp. 111-127; R. Bellido Penadés, «Un nuevo paso hacia la tutela judicial colectiva del consumidor en el derecho de la UE (A propósito de la STJUE de 14 de abril de 2016)», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico* (dirs. G. García-Rostán Calvín y J. Sigüenza López), Cizur Menor, 2017, pp. 591-610; R. Bonachera Villegas, *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Valencia, 2018, pp. 84-92. Con carácter previo al pronunciamiento del Tribunal, cfr. M. Cachón Cadenas / N. Reynal Querol, «Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2015-2, pp. 141-162.

lantes sobre el proceso individual[7]. Se matiza, con ello, la doctrina aparentemente sentada en la STJUE de 26 de abril de 2012 en el asunto *Invitel*[8], que no consideraba incompatible con el ordenamiento europeo que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en el marco de una acción colectiva de cesación surta efectos para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación.

— En segundo lugar, y secundando a nivel interno la STJUE de 14 de abril de 2016, la STC 148/2016, de 19 de septiembre[9], que cuestiona la extensión automática de un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor.

— Por último, y también a nivel interno, la STS núm. 123/2017, de 24 de febrero[10], a través de la cual se adaptó nuestra jurisprudencia al criterio establecido por el TJUE en el asunto *Gutiérrez Naranjo*[11] y que, de forma singular, en relación con la eficacia de cosa juzgada, la limitó a los consumidores no personados que estuvieran determinados individualmente en la sentencia, pero no a los demás.[12]

---

7. Aptdo 42: «En este contexto, es preciso asimismo señalar que la necesidad de garantizar la coherencia entre las resoluciones judiciales no puede justificar esa falta de efectividad, ya que, tal como señaló el Abogado General en el punto 72 de sus conclusiones, la diferente naturaleza del control judicial ejercido en el marco de una acción colectiva y en el marco de una acción individual debería, en principio, evitar el riesgo de que se dicten resoluciones judiciales contradictorias.»

8. Asunto C472/10, ECLI:EU:C:2012:242.

9. Que abre una línea reiterada después en las SSTC 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12 de diciembre. Cfr. F. Cordón Moreno, «Acción colectiva y acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, 31 (2017), pp. 217-242.

10. ROJ: STS 477/2017, ECLI:ES:TS:2017:477.

11. STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 y C-307/15, *Gutiérrez Naranjo*, ECLI:EU:C:2016:980.

12. «De nuestra propia jurisprudencia (las sentencias antes citadas y la 375/2010, de 17 de junio), así como de la del TJUE y el TC, cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC. A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, «la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente» (art. 221.1-2º LEC). Como dijimos en la indicada sentencia 375/2010, de 17 de junio, «el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada [...] debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción».

2. Una aportación «original» en la Propuesta de Directiva sobre acciones colectivas: el traslado de la mecánica de las acciones *follow-on* al ámbito del consumo

Ante este panorama de confusión, que posiblemente no sea exclusivamente español, resulta sensato plantear soluciones que sean tan pragmáticas como compatibles con las garantías esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva. Y una de esas propuestas —no sé aún si fraguada o no con el propósito de cumplir con el objetivo que me atrevo aquí a asignarle— puede hallarse en la Propuesta de Directiva sobre acciones colectivas publicada por la Comisión el 11 de abril de 2018[13]: consistiría en trasladar al ámbito del consumo la mecánica de las acciones resarcitorias consecutivas a un procedimiento administrativo sancionador. A pesar de lo incierto aún de su destino final, la presentación de la Propuesta ha supuesto un auténtico revulsivo a la hora de afrontar el estudio de los problemas que genera la litigación colectiva. Cabe vaticinar, de hecho, que una eventual aprobación de la Directiva, que fuerce su trasposición a nivel interno, abrirá por fin el debate académico y de política legislativa serio y riguroso que nuestro ordenamiento necesita para superar las carencias del sistema vigente.

2.1. La Propuesta de Directiva sobre acciones colectivas de 11 de abril de 2018

Como se acaba de señalar, el 11 de abril de 2018 la Comisión Europea lanzó el «New Deal for Consumers»[14], un paquete de medidas e iniciativas destinadas a reforzar desde ángulos muy diversos la protección de los consumidores. Dentro de este marco general se incluye la Propuesta de Directiva que nos ocupa, que refleja el consenso mínimo alcanzado en el seno de las instituciones europeas en materia de tutela colectiva de los derechos de los consumidores.

Debe reconocerse, no obstante, que el nivel de armonización que se ofrece resulta un tanto decepcionante, pues la Propuesta parece asumir los diversos sistemas —muy heterogéneos entre sí— ya adoptados en la mayoría de los Estados miembros[15] y en lo esencial se conforma con permitir el ejercicio

---

13. 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 [COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD)], accesible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1523948214440&uri=CELEX:52018PC0184.

14. Para la «presentación en sociedad» de este «nuevo acuerdo», cfr. la nota de prensa elaborada por la propia Comisión: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_es.htm.

15. Para una visión comparada, cfr. V. Harsági / C.H. van Rhee (eds.), *Multi-party redress mechanisms in Europe: squeaking mice?*, Cambridge, 2014.

transfronterizo de acciones colectivas por entidades representativas de otros Estados miembros y a establecer ciertos controles sobre su financiación. Renuncia, pues, a un «modelo europeo de tutela colectiva» como el que cabía deducir con mayor claridad de su predecesora, la Recomendación de 11 de junio de 2013[16], que había optado claramente por un sistema *opt-in* o de participación voluntaria.[17]

No resulta fácil sostener, por ello, que la Propuesta de 2018 es heredera de la Recomendación de 2013. En el texto de 2013 resultaba posible identificar algunas «policies» claras, agrupadas en torno a un rechazo poco disimulado de todo lo que pudiera evocar una adopción en suelo europeo de las *class-actions* estadounidenses —de ahí la insistencia en el sistema *opt-in*—. En estos últimos años, sin embargo, diversos Estados miembros han adoptado sus propias regulaciones —no todas conformes con la Recomendación—, lo que sin duda explica que el prelegislador europeo se haya decantado por el realismo y por una armonización de mínimos. Así, en la Propuesta ya no se apuesta por el *opt-in*; es más, en algunos aspectos parece forzarse la existencia de mecanismos de representatividad obligatoria —ni siquiera, por tanto, de *opt-out*—, como ocurre singularmente con las pretensiones de reparación a que se refiere el artículo 6.2: de un lado, cuando los consumidores afectados sean determinables y hayan sufrido perjuicios comparables causados por la misma práctica en relación con un período de tiempo o una compra; de otro, cuando los consumidores hayan sufrido una pérdida de escasa cuantía que convierta en desproporcionado distribuir la reparación. En ambos casos, la Propuesta prohíbe a los Estados miembros exigir mandato de los consumidores individuales afectados como condición para el ejercicio de la acción (aunque, tal vez, no les estaría vedado exigirlo con posterioridad, lo que devolvería la acción colectiva a los cauces del *opt-in*).

Como toda propuesta inicial de la Comisión, tiene algunos componentes destinados a operar como «globo sonda» —aquellos de los que más fácilmente se prescindirá durante la negociación inherente al procedimiento legislativo—,

---

16. Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, accesible en https://www.boe.es/doue/2013/201/L00060-00065.pdf. Cfr., entre otros, E. Silvestri, «Towards a common framework of Collective Redress in Europe? An Update of the latest Initiatives of the European Commission», *Russian Law Journal*, 1, 2013, pp. 46-56; A. Montesinos García, «Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR», REDUR 12, diciembre 2014, pp. 87-112 (accesible también en https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero12/montesinos.pdf); S. Corominas Bach, «Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)», *Revista General de Derecho Europeo*, 34 (octubre 2014), pp. 1-30; A. Planchadell Gargallo, «Los retos de Europa ante la litigación colectiva», en *Derecho, Justicia, Universidad* (cit. nota 2), Vol. II, pp. 2615-2633.

17. Cfr. los apartados 21 a 24 de la Recomendación.

pero también se ven en ella algunas tomas de posición sólidas, de las que resultará difícil apear al legislador europeo, justamente por haber aceptado este limitarse a elaborar una norma de mínimos.

En cualquier caso, el texto presentado por la Comisión no contiene una propuesta más o menos acabada o completa de proceso colectivo para la tutela de los consumidores, esto es, una suerte de «proceso colectivo europeo», equivalente al proceso europeo de escasa cuantía o al proceso monitorio europeo, sino que se limita a abordar aspectos diversos de la tutela colectiva de los consumidores, como la determinación de las entidades habilitadas para el ejercicio de acciones representativas en otros Estados miembros y las clases de tutela colectiva que se pueden solicitar de los tribunales o, en su caso, de las autoridades administrativas: en este punto lo novedoso es, sin duda, la inclusión de las medidas de reparación, que habían quedado al margen de las acciones normativas anteriores del legislador europeo (las Directivas sobre acciones de cesación de 2009[18] y de 1998[19]). También se incluyen previsiones destinadas a conocer y controlar la financiación con que cuenten las entidades habilitadas, los requisitos para la aceptación de transacciones colectivas, el deber del empresario de informar a los consumidores del resultado del proceso colectivo o la suspensión del plazo de prescripción de la acción de reparación del consumidor individual mientras se tramite una acción colectiva. Pero no se desprende del texto presentado un mínimo esbozo de estructura procedimental común, ni «piezas procesales» homogéneas [como podría ser, v.g., un control judicial inicial para el ejercicio de la acción colectiva, al estilo de la *class certification order* de la regla 23(c)(1) de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses]: la autonomía procesal de los Estados miembros seguirá siendo en este punto prevalente.

2.2. El artículo 10 de la Propuesta: ¿una puerta abierta a la eficacia de resoluciones administrativas sobre procesos civiles en materia de consumo?

Aunque la Propuesta parece centrarse en el ejercicio de acciones judiciales en sentido propio, lo cierto es que en ella también se asume que la aplicación de las normas de consumo se lleve a cabo por autoridades administrativas. Y es que, sin duda, entre las cuestiones que habrán de plantearse de cara al futuro se halla la relativa a la dualidad entre *public enforcement* y *private enforce-*

18. 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 (DO L 110, 1.5.2009).

19. Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166, 11.6.1998).

ment de las normas tuitivas de los derechos de los consumidores. Se trata de un debate que, al menos en nuestro país, aún no se ha producido, posiblemente porque ambos ámbitos de actuación han tendido a desenvolverse de forma descoordinada. La legislación en materia de consumo —estatal y autonómica— confiere a las administraciones públicas importantes potestades regulatorias y sancionadoras, que pueden proyectarse sobre conductas que hayan generado daños a los consumidores (cfr. arts. 49-52 TRDCU). Esta actuación administrativa, sin embargo, no parece aprovechar a los perjudicados por los hechos dañosos sancionados administrativamente, que reclaman judicialmente la reparación de sus derechos de forma desconectada, tanto en procesos individuales como colectivos. La Comisión, en el artículo 10 de la Propuesta, parece apostar por trasladar a este ámbito el sistema dual regulatorio-judicial que desde hace años predomina en un sector muy cercano a éste, como es el de las normas sobre defensa de la competencia.

En concreto, el artículo 10 de la Propuesta, bajo la rúbrica de «Efectos de las resoluciones definitivas» establece lo siguiente:

> «1. Los Estados miembros velarán por que se considere que una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores establecida en una resolución definitiva de una autoridad administrativa o de un órgano jurisdiccional, incluida la orden de cesación definitiva que se menciona en el artículo 5, apartado 2, letra b), establece de manera irrefutable la existencia de tal infracción a efectos de cualquier otra acción para solicitar una reparación por la misma infracción ante sus órganos jurisdiccionales nacionales.
> 2. Los Estados miembros velarán por que la resolución definitiva mencionada el apartado 1, adoptada en otro Estado miembro, sea considerada por sus órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas nacionales una presunción refutable de que se ha producido una infracción.
> 3. Los Estados miembros velarán por que se considere que la resolución declarativa definitiva mencionada en el artículo 6, apartado 2, establece de manera irrefutable la responsabilidad del comerciante frente a los consumidores perjudicados por una infracción a los efectos de cualquier acción que solicite una reparación contra el mismo comerciante por esa infracción ante sus órganos jurisdiccionales nacionales. Los Estados miembros velarán por que tales acciones de reparación interpuestas individualmente por los consumidores estén disponibles mediante procedimientos ágiles y simplificados.»

El precepto, como puede apreciarse, aborda de forma simultánea situaciones que son diferentes, pero que presentan en común la voluntad del prelegislador europeo de promover cierta coordinación entre acciones colectivas y acciones individuales, que pasa por fomentar —aunque sea por medios indirectos— la vía colectiva como previa a la individual. En concreto, se pueden distinguir en el precepto varias situaciones en las que se suscita la necesidad de coordinar tutela colectiva y tutela individual, y a las que se ofrecen igualmente algunas respuestas.

a) Eficacia vinculante de sentencias que incluyen una orden de cesación o de inhibición y de sentencias meramente declarativas de la existencia de una infracción

En primer término, el artículo 10.1 de la Propuesta parte de la premisa de que un órgano judicial nacional ha dictado una sentencia firme que incluye una orden de cesación o de inhibición [al amparo del art. 5.2 b) de la propia Propuesta] por considerar que el profesional demandado ha infringido la regulación vigente en perjuicio de los consumidores: cuando esto suceda, la voluntad de la Propuesta es atribuir una singular eficacia vinculante a dicha resolución en procesos posteriores. En efecto, al decirse que «establece de manera irrefutable la existencia de tal infracción a efectos de cualquier otra acción para solicitar una reparación por la misma infracción» se está instituyendo una suerte de eficacia prejudicial que permite al perjudicado limitar el objeto del proceso posterior a la acreditación y cuantificación de su propio daño, así como a la existencia de causalidad, elementos en relación con los cuales las cargas alegatorias y probatorias serán sin duda más livianas que si, además, fuese necesario justificar el carácter ilícito de la conducta empresarial (piénsese que el proceso de reparación puede no requerir la intervención de abogado).

Con esta medida, acompañada de la suspensión o interrupción de los plazos de prescripción para el ejercicio de acciones individuales mientras estén pendientes acciones colectivas (art. 11 de la Propuesta), parece promoverse una actuación en dos tiempos: en primer término, una resolución de alcance colectivo, contenida en una sentencia de condena a la cesación o a la inhibición, que establece como presupuesto de la condena la existencia de una infracción; después, una posible pluralidad de acciones individuales o de acciones colectivas resarcitorias, que se aprovechen de ese pronunciamiento previo. La norma exige, en todo caso, que las acciones subsiguientes pretendan una reparación «por la misma infracción», de donde cabe deducir la necesaria identidad subjetiva en cuanto al empresario demandado: el precepto permite aprovechar la sentencia a sujetos que no fueron parte activa en el primer proceso, pero parece lógico entender que el derecho de defensa impide una extensión pasiva *ultra partes* (piénsese, v.g., que la llamada «cláusula de gastos» en contratos de préstamo hipotecario, que se los imponga todos al deudor, puede considerarse ilícita con independencia de qué entidad bancaria la haya empleado).[20]

> Si la resolución la ha dictado un tribunal extranjero, la eficacia vinculante desaparece como tal y se convierte en una simple presunción «refutable» (art. 10.2 de la Propuesta): al igual que sucede en materia de daños derivados de infracciones a

20. Así lo confirma, de hecho, el Considerando 33 de la Propuesta, que alude expresamente a «acciones legales subsiguientes relacionadas con la misma infracción cometida *por el mismo comerciante*» (la cursiva es mía).

> las normas sobre competencia, el legislador europeo prefiere la cautela y opta por no imponer en este punto un reconocimiento mutuo a ultranza.[21]

El apartado 3 del artículo 10, por su lado, contempla una modalidad reforzada de la eficacia anterior. El precepto parte de la premisa de que nos hallamos en un caso en que resulta compleja la cuantificación de la reparación individual, de modo que en virtud de lo previsto en el artículo 6.2 el tribunal se ha limitado a dictar una resolución declarativa de la responsabilidad del comerciante frente a los consumidores perjudicados por una infracción de la legislación europea en materia de consumo. Cuando suceda lo anterior, dicha resolución declarativa definitiva tendrá también la fuerza vinculante de establecer de manera irrefutable la responsabilidad del comerciante frente a los consumidores perjudicados. A la sentencia declarativa le seguirán, en su caso, acciones individuales de reparación (que deberían tramitarse, según el artículo 12.2 de la Propuesta, mediante procedimientos «ágiles y simplificados»).

En ambos casos, la atribución de eficacia vinculante a las resoluciones judiciales que establecen de modo firme la existencia de una infracción representa ya una forma de articular las relaciones entre procesos colectivos y procesos individuales. El legislador europeo parece preferir una actuación colectiva que no corra en paralelo al ejercicio de acciones individuales, que deberían ser posteriores: para lograrlo, incentiva a los consumidores individuales a esperar al desenlace del proceso colectivo (si es que en este no se promueve ya la reparación de sus daños). Lo hace, ya lo hemos visto, con la interrupción o suspensión de los plazos de prescripción; también, por supuesto, con esta eficacia vinculante de la sentencia colectiva; asimismo, para compensar la espera necesaria que esta opción comporta, con la exigencia, establecida en el artículo 12.1, de que los procesos colectivos se tramiten «con la debida diligencia»; y, por último, con la previsión del artículo 9, que obliga al comerciante infractor a informar a los consumidores afectados del desenlace de estos procesos colectivos y, en su caso, de los pasos que deben estos adoptar para conseguir una reparación individual.

b) La eficacia vinculante de resoluciones administrativas sobre procesos judiciales

Ahora bien, del tenor literal del artículo 10.1 de la Propuesta puede igualmente deducirse una situación diversa a las anteriores: que haya sido una autoridad administrativa la que haya dictado una resolución firme en la que se esta-

---

21. La eficacia transfronteriza de estas resoluciones es materia de suma importancia, especialmente en una Directiva que aspira a una armonización —aunque, como se ha apuntado, sea de mínimos—; su análisis más detenido, sin embargo, desborda con creces el objetivo de este trabajo.

blezca que se ha producido una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores. Y también a esa resolución administrativa se le atribuye la especial eficacia vinculante de la «irrefutabilidad de la infracción» de cara al ejercicio de acciones judiciales posteriores de carácter reparador o resarcitorio. Es posible, por supuesto, que ese órgano administrativo haya dictado su resolución a resultas del ejercicio ante él de una acción colectiva, en aquellos ordenamientos que hayan atribuido esa competencia a entidades administrativas y no, al menos en primer término, a órganos jurisdiccionales: así se deduce de la referencia que se hace en el precepto propuesto a «la orden de cesación definitiva que se menciona en el artículo 5, apartado 2, letra b)». Ahora bien, al aludir a esa orden de cesación como un ejemplo posible de resolución administrativa, cabe imaginar también, porque la norma no lo excluye, que un órgano administrativo haya emitido una resolución de esta índole como desenlace de un procedimiento o expediente sancionador, en el que por definición también se proclama la existencia de una infracción a la normativa de protección de los consumidores.

Este último planteamiento resulta novedoso desde la perspectiva del ordenamiento español, en la medida en que parece apuntar hacia la posibilidad de trasladar al ámbito de la tutela de los consumidores una mecánica de acciones *follow-on* que hasta ahora se había manifestado en otro ámbito, el de las acciones de reclamación de daños por infracciones a las normas de defensa de competencia, que se formulan de manera consecutiva a la conclusión en firme de un procedimiento administrativo sancionador.

De hecho, lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Propuesta parece hallarse claramente inspirado en el artículo 9 de la Directiva sobre acciones civiles por daños *antitrust*[22]; precepto este que, a su vez, tiene su precedente en el artículo 16 del Reglamento general en materia de defensa de la competencia[23].

---

22. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 349, 5.12.2014). En concreto, los dos primeros apartados del artículo 9, bajo la rúbrica de «Efecto de las resoluciones nacionales», disponen lo siguiente:
«1. Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia.
2. Los Estados miembros garantizarán que toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes.»

23. Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1, 4.1.2003). Con la rúbrica de «Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia», el artículo 16 establece lo siguiente:
«1. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones

Resulta adecuado, por ello, efectuar un breve recordatorio del modo en que dichas previsiones funcionan en su ámbito de origen.

2.3. La mecánica *follow-on* en las acciones de daños por infracción de las normas sobre defensa de la competencia

En materia de infracciones a las normas de competencia debe recordarse que, inicialmente, los legisladores nacionales (y también el europeo) otorgaron un papel preponderante a las herramientas de *public enforcement*, de suerte que el fenómeno era abordado primordialmente desde una perspectiva regulatoria: las conductas anticompetitivas eran ante todo objeto de denuncia, persecución y sanción administrativa por parte de las autoridades competentes (europea, nacional o autonómica, en función de la dimensión de la infracción). Las reclamaciones de los daños civiles padecidos a resultas de las prácticas anticompetitivas —en especial, a resultas de los cárteles y del incremento de precios que comportaban— (*private enforcement*) siempre habían sido posibles, pero lo cierto es que en la práctica cobraban una relevancia menor, hasta que la Directiva de 2014 trató de impulsar el cambio de paradigma.[24]

En efecto, formular sin más una reclamación civil de daños por infracciones a las normas de competencia puede resultar muy difícil de articular en la práctica si se acude directamente a la vía judicial ante la constatación en el mercado de un pacto colusorio o de un abuso de posición dominante: este tipo de acciones autónomas (*stand-alone*, en la jerga del sector) se enfrentaban a serias dificultades de acceso a las fuentes de prueba y, en general, al elevado coste —en términos económicos, pero también de esfuerzo— de prueba de los daños padecidos y de la existencia de la infracción misma.

Una forma alternativa de paliar estas dificultades consistía, por supuesto, en aprovechar los resultados del procedimiento administrativo sancionador, en el que las potestades públicas coercitivas permitían obtener pruebas y sostener fundadamente la declaración de existencia de una infracción. Las reclamaciones civiles consecutivas (*follow-on*) se servían así de la resolución sancionadora

---

incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado.

2. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión.»

24. Cfr. F. Gascón Inchausti, «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pp. 125-152.

como base para aliviar, al menos en una parte sustancial, las cargas alegatorias y probatorias que incumbían a los demandantes. Para asegurar dicho efecto, el Reglamento 1/2003 decidió en su artículo 16.1 otorgar eficacia vinculante a las decisiones de la Comisión sobre los órganos jurisdiccionales nacionales, al impedir a los tribunales nacionales, cuando se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas anticompetitivas, adoptar resoluciones incompatibles con la que haya sido adoptada por la Comisión[25]. Y el artículo 9 de la Directiva de 2014 hizo lo mismo con las decisiones firmes de las autoridades nacionales de competencia.[26]

De este modo, desde el punto de vista de la prueba, se asegura que la existencia de una resolución firme de una autoridad nacional de competencia o de un órgano judicial que haya intervenido después en vía de recurso libere al actor de la carga probatoria respecto de aquello que, sin duda, puede resultarle más difícil de acreditar, por la lejanía o la dificultad de acceso a las fuentes de prueba: la existencia de infracción que opera como título de base para la imputación de responsabilidad al demandado. El legislador europeo, con ello, transmite un mensaje claro: parece preferible un ejercicio consecutivo de las acciones de daños, para evitar solapamientos y contradicciones. Ahora bien, el coste de verse liberado de esta carga es obvio: se hace necesario esperar a la conclusión en firme del procedimiento administrativo, en su caso a través del agotamiento de la vía judicial; de esa espera, eso sí, se elimina cualquier riesgo innecesario introduciendo una regla clara sobre interrupción de la prescripción.[27]

Desde una perspectiva diversa a la probatoria, lo importante de la regla es el carácter vinculante que atribuye a una resolución administrativa sobre un proceso judicial, al menos en lo relativo a la determinación de si se ha producido o no una infracción de las normas de defensa de la competencia. No se trata solo de que los efectos vinculantes los despliegue una sentencia dictada por un tribunal del orden contencioso-administrativo ante el que se haya impugnado la resolución administrativa que haya constatado esa infracción y haya impues-

---

25. Y debe recordarse que, en este punto, el Reglamento «codificó» algo que ya había reconocido el Tribunal de Justicia en la STJUE de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89, *Delimitis* (apartados 47 y ss.); y también en la STJUE de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, *Masterfoods* (apartados 50 y ss., en la que se establece que esa prevalencia debe conducir a la suspensión del proceso judicial nacional en tanto no alcance firmeza la decisión de la Comisión que haya sido impugnada).

26. Para una adecuada comprensión de la materia resulta imprescindible A.L. Calvo Caravaca / J. Suderow, «El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 114-157.

27. En concreto, el artículo 74.3 LDC establece lo siguiente: «El plazo [de prescripción] se interrumpirá si una autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños. La interrupción terminará un año después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia sea firme o se dé por concluido el procedimiento de cualquier otra forma.»

to la sanción correspondiente[28]: nuestro Tribunal Supremo ya se había mostrado tendencialmente favorable a reconocer eficacia vinculante a los pronunciamientos firmes recaídos en el orden contencioso-administrativo respecto de los hechos sometidos después a debate en un proceso civil de reclamación de daños.[29]

De lo que se trata, antes bien, es de reconocer eficacia vinculante sobre los procesos civiles posteriores al resultado del ejercicio del *public enforcement* por parte del regulador, sea directamente, sea indirectamente a través de la resolución judicial confirmatoria de la sanción administrativa. Así se deduce de los términos en que se ha traspuesto el precepto a nuestro ordenamiento a través del artículo 75.1 LDC[30]. Aunque se use un circunloquio extraño («considerar que una constatación es irrefutable»), la atribución de eficacia vinculante es innegable y tiene una consecuencia clara: el tribunal civil, en su sentencia: a) debe tener por ciertos los hechos considerados como ciertos en el procedimiento sancionador y en los que se funde la constatación de la infracción; b) también debe considerar que esos hechos merecen la calificación de infracción a las normas del Derecho de la competencia; en consecuencia, en todo aquello en que la demanda de resarcimiento se funde en esos mismos hechos, habrá vinculación total.[31]

En cualquier caso, la exigencia de firmeza de la resolución recaída en el procedimiento administrativo resulta clave,[32] pues legitima la decisión legal de im-

---

28. I. Sancho Gargallo ya ofrecía una respuesta afirmativa a esta cuestión antes de la aprobación de la Directiva, en aplicación de las reglas ordinarias sobre eficacia positiva de la cosa juzgada material («Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia», *InDret* 1/2009, pp. 26-27); el problema de esta tesis, a mi juicio, es que las partes de ambos procesos no son idénticas, como exige el artículo 222.4 LEC. Un claro repaso de la situación previa a la Directiva lo ofrece C. Herrero Suárez, «La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2016), Vol. 8, Nº 1, pp. 150-183, pp. 165-168.

29. Cfr. la STS (Sala 1ª) de 7 de noviembre de 2013 (núm. 651/2013), en relación con el llamado «cártel del azúcar», que establece, sin embargo, una cláusula de salvaguarda: la divergencia podría ser posible si el tribunal civil la hubiera razonado de forma expresa; el criterio se mantuvo, ya sin reservas, en la STS (Sala 1ª) de 9 de enero de 2015 (núm. 634/2014), en el asunto de la explotación de los derechos audiovisuales de partidos de fútbol.

30. «La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español.»

31. El considerando 34 de la Directiva señala que «[l]os efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los hayan determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones». Como apunta J.I. Ruiz Peris, de ello se deduce que la vinculación alcanza tanto a cuestiones jurídicas como fácticas, pero que no puede tener alcance extensivo más allá de los extremos señalados («Tiempos de cambio…», cit., p. 45). Con gran minuciosidad, cfr. nuevamente A.L. Calvo Caravaca / J. Suderow, «El efecto vinculante» (cit. nota 26), pp. 131-136.

32. En este sentido, cfr. H. Brokelmann, «La Directiva de daños y su transposición en España», Revista General de Derecho Europeo 37 (2015), pp. 8-11; P. Callol / M. Yuste, «La directiva comunitaria sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Principales novedades y potencial incidencia en el

poner a un tribunal civil el criterio al que se ha llegado en un procedimiento administrativo sancionador: si hubo proceso contencioso-administrativo, será una decisión judicial firme la que traslade sus efectos a otro proceso judicial, aunque se tramite ante un órgano de un orden jurisdiccional diferente; y si dicho procedimiento no existió, por falta de recurso, entonces la admisibilidad de la vinculación deriva del propio consentimiento de quien podría verse perjudicado por esa extensión de eficacia.[33]

2.4. El traslado de esta técnica al ámbito de la tutela de los consumidores

¿Tiene sentido trasladar al ámbito de la defensa de los consumidores una herramienta hasta ahora reservada al sector de la defensa de la competencia? El legislador europeo ha debido de pensar que sí, pues de lo contrario no habría incluido a las autoridades administrativas entre aquellas susceptibles de emitir pronunciamientos vinculantes en procesos civiles posteriores.

Desde luego, por razón de la materia existe una conexión clara: al fin y al cabo, también pueden ser consumidores los perjudicados por conductas anticompetitivas, de modo que, aunque no llegase a buen puerto la previsión de la Propuesta de Directiva en este punto, las acciones de daños causados a consumidores derivadas de pactos colusorios y abusos de posición dominante podrían beneficiarse de la vinculación, *ex* artículo 75.1 LDC, de las resoluciones administrativas sancionadoras firmes.

Lo que persigue una norma de este tipo es aprovechar, en beneficio del *private enforcement*, los resultados de un *public enforcement* previo: ya que ha habido un procedimiento administrativo sancionador en el que con todas las garantías se ha determinado la existencia de una infracción por medio de una resolución revisada o susceptible de revisión jurisdiccional, se adopta la decisión de política legislativa de que esa determinación deba ser punto de partida fáctico-jurídico en procesos civiles en que se reclamen daños derivados de la infracción. No se trata, pues, de que el procedimiento administrativo sancionador —y el eventual contencioso posterior— funcione a modo de proceso-mo-

---

ordenamiento jurídico español», en M.A. Recuerda Girela (coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario 2015*, Cizur Menor, 2015, pp. 297-315, pp. 307-308; C. Herrero Suárez, «La transposición de la directiva» (cit. nota 28), pp. 168-169.

33. Aunque parezca drástico, creo que lo mismo puede decirse en caso de que la ausencia de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa obedezca a la interposición de éste fuera de plazo: se trata de una situación evitable e imputable exclusivamente a quien la padece.

delo[34], sino de algo totalmente diferente, a medio camino entre la fuerza de cosa juzgada (si hubo resolución judicial) y la eficacia vinculante *ex lege* (de no haberla).[35]

Desde siempre, la imposición de vinculaciones a los órganos judiciales al enjuiciar el fondo de un asunto suscita recelos, máxime cuando esa eficacia vinculante se atribuye a resoluciones de autoridades administrativas. Por eso, es importante que se entienda el término «definitiva» del artículo 10.1 de la Propuesta como sinónimo de «firme»: o bien el profesional sancionado ha renunciado a impugnar la sanción en vía jurisdiccional, o bien esta ha sido confirmada por los tribunales del orden contencioso-administrativo.[36] De no verse así las cosas, resultaría más complicado sostener la constitucionalidad de una decisión legislativa de este tipo. Salvado este escollo, se trata de una opción de política legislativa que permite alcanzar una serie de objetivos que se consideran positivos desde un triple ángulo:

— De entrada, a través de esta vía se incrementan las opciones de tutela para los consumidores individuales, en la medida en que se establece una conexión entre procedimiento administrativo sancionador y procesos civiles encaminados a obtener la reparación y el resarcimiento. Los consumidores también van a poder «aprovecharse» de la actividad desplegada por las administraciones con competencias en la materia, algo que hasta ahora no sucedía. Con ello, se mitiga en cierto modo el «monopolio» de la acción colectiva judicial y de la iniciativa de los sujetos que tenían legalmente atribuida la legitimación extraordinaria para ejercerla (normalmente asociaciones de consumidores y usuarios con recursos limitados).
— Asimismo, esta opción arroja un volumen mayor de responsabilidad sobre las administraciones públicas, que han de ser conscientes de que su acción también puede reportar beneficios para los consumidores individuales. Al hacerlo, la Propuesta, aunque sea de forma indirecta, le atribuye a la protección de los consumidores una dimensión regulatoria y, por ende, confía

34. Cfr. J. López Sánchez, «Un proceso sin interesados. Colectivización de la tutela: "opt out" y procesos modelo», en *Las transformaciones del proceso civil* (dir. J.F. Herrero Perezagua), Cizur Menor, 2016, pp. 111-143, p. 139.

35. Por eso, el considerando 33 de la Propuesta lo justifica en los siguientes términos: «Para reforzar la seguridad jurídica, evitar la incoherencia en la aplicación del Derecho de la Unión y aumentar la eficacia y la eficiencia procesal de las acciones de representación y de las posibles acciones consecutivas para obtener reparación, la constatación de una infracción establecida en una resolución definitiva, incluida una orden de cesación definitiva en virtud de la presente Directiva, dictada por una autoridad administrativa o por un órgano jurisdiccional, no debe ser objeto de un nuevo litigio en acciones legales subsiguientes relacionadas con la misma infracción cometida por el mismo comerciante, por lo que respecta a la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, según se determine en esa resolución definitiva.»

36. Cfr. R. Bonachera Villegas, «El control jurisdiccional de la potestad sancionadora por la introducción de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores», *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 46 (Septiembre 2018).

también en la actuación de las entidades públicas en este ámbito: de meras administraciones públicas con competencia en materia de consumo pasan a ser vistas, al menos en parte, como entes reguladores —aunque sea de forma negativa o indirecta, sancionando las infracciones—. Esto debería servir de estímulo para ejercer con diligencia las competencias de inspección, supervisión y, en su caso, sanción en materia de consumo.

— Todo ello comporta un aumento en la presión sobre los profesionales de cara a respetar las normas protectoras de los consumidores: se incrementan los frentes posibles de ataque en caso de infracción, todos ellos con potenciales derivadas indemnizatorias (algo que no está asociado, de momento, a los expedientes administrativos sancionadores).

El problema, claro está, es que la vía de la actuación administrativa no es excluyente de la judicial, en ninguna de sus modalidades. Se corre el riesgo, por ello, de que la misma infracción pueda acabar siendo investigada y/o enjuiciada por órganos distintos (administrativos y judiciales) y desde ópticas distintas (regulatoria o patrimonial privada), tanto a nivel individual como colectivo. Y esto, a su vez, entraña el peligro de que puedan recaer resoluciones contradictorias, un peligro para el que la Propuesta de Directiva no ha establecido herramientas preventivas. Esto obligará a cada Estado miembro a resolver estos problemas con las herramientas previstas en su legislación procesal interna (algo que, en el nuestro, *de lege lata*, no es garantía de solución clara).

Por otra parte, desde la perspectiva de la pura eficacia, resulta preciso plantearse las condiciones que habrían de darse para que pueda materializarse de forma realmente operativa, dado lo novedoso de esta posibilidad, al menos desde la óptica de nuestro ordenamiento. Creo que, al menos, hacen falta tres condiciones:

— Es necesario, en primer término, que las autoridades administrativas con competencia en materia de consumo tengan la capacidad real de detectar, investigar y sancionar infracciones a los derechos de los consumidores en ámbitos de los que puedan derivarse más tarde acciones resarcitorias. Cabe plantearse, en definitiva, si en la actualidad las autoridades administrativas competentes en materia de consumo poseen una capacidad operativa equivalente a la de la CNMC, que les permita acceder a información y fuentes de prueba mejor de lo que lo pueden hacer los particulares o las asociaciones legitimadas para la interposición de demandas colectivas.
— También sería deseable —aunque posiblemente se acabe produciendo como efecto reflejo— una mayor interrelación entre las asociaciones de consumidores y las autoridades administrativas, de modo que para las primeras la denuncia ante las segundas se convierta en una alternativa real a

la interposición de una acción colectiva inhibitoria o de cesación. En otros términos, los actores habituales en la defensa de los derechos de los consumidores desde la perspectiva patrimonial privada deben poder contar con la posibilidad de «externalizar» en las administraciones públicas parte de la reacción contra las infracciones que se cometan por empresarios y profesionales. En relación con esto, resultaría de gran utilidad disponer de un «mapa» claro de quiénes son las autoridades administrativas en materia de consumo, para que resulte sencillo identificar a la que resulte competente en función de la infracción. Una eventual dispersión o multiplicidad de entidades competentes para emitir resoluciones potencialmente vinculantes sería, de hecho, más que peligrosa: debe recordarse que en materia de defensa de la competencia son pocos los reguladores facultados para imponer sanciones y, con ello, vincular a los tribunales de justicia.

— Por último, debe asumirse que esta opción cobra sentido cuando aporta realmente el valor añadido de la intervención de una administración pública con poderes coercitivos instrumentales, es decir, en relación con infracciones que requieren el acceso y el manejo a fuentes de prueba en poder del empresario, o cuya obtención comporte costes elevados y disuasorios para las asociaciones de consumidores. Puede pensarse en su utilidad, v.g., en casos como el «*dieselgate*» (manipulación de los medidores de emisión de gases contaminantes en vehículos particulares), en los que la detección y prueba de los hechos determinantes de la infracción son complicadas, pero comunes a una pluralidad de afectados; o en situaciones en que la propia normativa administrativa establezca presunciones favorables para los consumidores.[37] En algunos de estos supuestos, de hecho, cabe contar con la incoación de procesos penales, que permitirá un acceso equivalente a pruebas de posible empleo en procesos civiles posteriores. Pero debe reconocerse que esta vía que se abre con el artículo 10.1 de la Propuesta será mucho menos relevante en aquellos casos en que la controversia sea meramente jurídica: es lo que viene sucediendo, v.g., en los procesos en que se ejercitan acciones de cesación en materia de condiciones generales

37. En este sentido, puede verse la nueva letra k) del apartado 2 del artículo 41 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, tras la modificación efectuada por Real Decreto-ley 18/2018, de 8 de noviembre, sobre medidas urgentes en materia de carreteras (BOE núm. 271, de 9 de noviembre), que tipifica como infracción muy grave:
«Cuando perjudique significativamente a los usuarios, la negligencia en la prestación de servicios a los usuarios, o en el cumplimiento de las tareas de explotación de carreteras o elementos funcionales en régimen de concesión, por parte de sus concesionarios; sin perjuicio de las penalizaciones contractuales que, en su caso se encuentren establecidas en los correspondientes contratos.
Dado el deber de vigilancia reforzada que incumbe al concesionario, salvo prueba en contrario se presumirá dicho perjuicio cuando en un intervalo de 24 horas se interrumpa la continuidad del servicio durante más de 2 horas o resulten afectados por ello más de 30 vehículos.
Igualmente, se presumirá dicha negligencia del concesionario cuando, ante situaciones meteorológicas adversas, incurra en falta de previsión, incumpla injustificadamente los planes operativos previstos para dichas contingencias, no disponga de los medios que le fueran exigibles, no proporcione información suficiente a los usuarios o no adopte las medidas necesarias para la regulación del tráfico.»

de la contratación. En este tipo de procesos las asociaciones y demás entidades legitimadas no se encuentran en una inferioridad de partida que pueda compensarse acudiendo a la autoridad administrativa. Y la espera asociada a los procedimientos administrativos probablemente no compensará a quienes pueden obtener una respuesta eficaz por cauces más rápidos en vía judicial.

3. Conclusión

En la Propuesta de Directiva no existe una regulación clara y directa de la relación entre procesos individuales y procesos colectivos, que se articule a través de normas que establezcan la litispendencia o la suspensión de unos mientras se tramiten los otros. Ahora bien, al igual que sucede con la Directiva de daños en materia de infracciones a las normas sobre competencia, sí que se deduce de su estructura y articulado una voluntad clara de priorizar lo colectivo sobre lo individual —al menos en el plano cronológico—. Las reglas sobre vinculación de resoluciones que declaren la existencia de una infracción, sobre suspensión o interrupción de acciones individuales o sobre comunicación a los consumidores perjudicados de la declaración de la existencia de la infracción son indicios muy claros de que para el legislador europeo sería deseable que las acciones resarcitorias, colectivas o individuales, si no pueden ejercerse directamente en el mismo proceso en que se declare la existencia de la infracción, sean consecutivas a este —pero no paralelas—.

La novedosa atribución de eficacia vinculante a las resoluciones administrativas firmes («definitivas») que declaren la existencia de una infracción apunta en esta misma dirección: unidad en la determinación inicial de la existencia de infracción, posible pluralidad para organizar después la reclamación y el cobro del resarcimiento. Aunque, como se ha señalado, la regla parece un calco de la que ya existía en procesos para la reclamación de daños derivados de conductas contrarias a las reglas sobre competencia, debe señalarse que en sendos sectores esta regla de la vinculación ha de verse como la culminación de evoluciones inversas. En efecto, en el ámbito del Derecho de la competencia el legislador europeo llega a esta vinculación de forma casi natural, tras constatar que primero la autoridad administrativa investiga y sanciona y después los perjudicados reclaman daños. En materia de consumo, en cambio, parece que con la regla se busca introducir en el sistema una herramienta adicional, que permita establecer una interconexión entre acción pública y acción privada hasta ahora inexistente.

El legislador europeo pretende ofrecer con ello a los legisladores nacionales una herramienta adicional para coordinar los diversos planos que se entrecruzan en materia de tutela de los consumidores: el público y el privado; el colec-

tivo y el individual; el cesatorio/inhibitorio y el resarcitorio/reparador. La eficacia en la práctica de una posibilidad de este tipo, al menos en nuestro país, estará condicionada por muchas variables al margen del propio texto legal: una genuina capacidad de las administraciones públicas competentes en materia de consumo para asumir la función supervisora que les corresponde; la evitación de una multiplicidad de entidades con capacidad de emitir resoluciones vinculantes; y el establecimiento de cauces fluidos de cooperación entre estas y las asociaciones de consumidores.

IV. LA PRUEBA PROCESAL A EXAMEN

1 | Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso*

Joan Picó i Junoy
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El derecho constitucional a la prueba como fundamental del sistema probatorio y sus repercusiones procesales; 3. Pactos sobre iniciativa probatoria; 4. Pactos sobre medios de prueba; 5. Pactos sobre carga de la prueba; 6. Pactos sobre valoración de la prueba; 7. Reflexión final

1. Introducción

En muy pocos años estamos asistiendo a un creciente fenómeno de privatización del proceso civil, que ha cristalizado, por ejemplo, en los negocios o pactos procesales. Y como buena muestra de ello, el nuevo Código Procesal Civil brasileño, aprobado por la Ley 13.105, de 16 de marzo de 2015, con carácter general, establece en su art. 190: «Versando el proceso sobre derechos disponibles, es lícito a las partes plenamente capaces pactar cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y acordar sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. Párrafo único. De oficio o a instancia de parte, el juez controlará la validez de las pactos previstos en este artículo, y negará su aplicación solamente en los casos de nulidad o inserción abusiva en contrato de adhesión o

* Este trabajo se enmarca en el Grupo de Investigación Reconocido y Consolidado «Evidence Law» (2017 SGR 1205) financiado por la AGAUR; y en el proyecto I+D «Hacia una nueva regulación de la pericia pericial» (DER2016-7549-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, teniendo ambos como investigador principal a Joan Picó i Junoy.

en aquel otro en el que cualquiera parte se encuentre en manifiesta situación de vulnerabilidad»[2].

De esta forma, se pretende luchar contra la ineficacia del proceso y, muy especialmente, su lentitud. Se considera que la autonomía de la voluntad es el mejor instrumento para una rápida obtención de la tutela judicial requerida.

Sin embargo, creo que debemos reflexionar sobre este fenómeno en clave de garantía constitucional del justiciable y pensando en el objetivo final de lograr la mejor justicia posible en la resolución judicial de los conflictos.

En España, entre otros ordenamientos, el derecho a probar ha adquirido el rango de fundamental en su sistema constitucional, lo que, como indicaré seguidamente, tiene una repercusión directa en el tema de los pactos procesales probatorios. Ello no significa que no sean posible, pues todos aquellos que potencien o favorezcan la actividad probatoria deben ser bienvenidos. Solo deberemos repensar la validez de los que limiten dicha actividad, esto es, reduzcan la capacidad de enjuiciamiento que pueda tener el juez sobre los hechos conflictivos respecto de los cuales se requiere su tutela.

En mi modesta opinión, el conjunto de las garantías constitucionales del proceso son innegociables, por lo que no pueden ser objeto de negociación privada por las partes[3-4]. Este auge de los pactos privados se sustenta, entre otros,

---

2. Al respecto, *vid.* BARREIROS, L. M. S.: *Convenções processuais e poder público*, edit. JusPODIVM, Salvador, 2017; CABRAL, A. P.: *Convenções processuais*. 2ª ed., edit. JusPODIVM, Salvador, 2018; CABRAL, A. P., y NOGUEIRA, P. H. (coords.): *Negócios processuais*. 3ª ed., edit. JusPODIVM, Salvador, 2017; CORDEIRO, A.C.: *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento*, Edit. Juruá, Curitiba, 2017; GODINHO, R.: *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, Edit. Revista do Tribunais, São Paolo, 2015; y los diversos estudios publicados en la obra *Convenciones procesales*, coord. Pedro Henrique Nogueira y Renzo Cavani, edit. Racuel, Lima, 2015.

3. Así me pronuncié en mi libro *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª edición, edit. J. Mª. Bosch editor, Barcelona, 2012, pp. 34-35. Y en la misma línea, AGUILAR DE LUQUE (*Los límites de los derechos fundamentales*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 14, enero-abril, 1993, p. 33), al analizar los límites de los derechos fundamentales, sostiene que «por más que los derechos fundamentales puedan ser asimilados a la noción de derechos subjetivos [...] es innegable que gozan de particularidades respecto a éstos, particularidades que no pueden ser desdeñadas. No se trata tan sólo de su posición e importancia como expresión del superior orden objetivo de valores del ordenamiento, sino que su régimen jurídico cuenta con elementos particulares (así, como más conocido, su irrenunciabilidad». Y, de igual modo, *vid.* LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 121; y ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en «Anuario de Derecho Civil», I/1993, pp. 96 y ss.

4. Una manifestación legal de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales la encontramos en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, según el cual: «El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula» (la cursiva es nuestra). El derecho fundamental a la prueba, en la medida en que tiene su ámbito de aplicación dentro de un proceso judicial, no precisa ser desarrollado mediante Ley Orgánica, así como tampoco precisa de un mecanismo especial de tutela judicial mediante un procedimiento preferente y sumario (*vid.* PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, ob. cit., pp. 40 a 44).

en la idea completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, a favor de una visión «publicista» o «social» del proceso, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función. Por ello, es incorrecto el símil que alguna doctrina procesal efectúa entre un hospital público y un proceso, indicando que deben construirse antes que pensando en los médicos o los jueces, en los intereses de los enfermos o justiciables[5]. En mi opinión, este símil no es correcto porque lo importante en ambos casos no son tanto los sujetos que intervienen (los enfermos o los litigantes) sino la función asignada al hospital y al proceso. Así, en ambos casos, debe darse protagonismo tanto al médico como al juez, pues el hospital tiene por función ofrecer la mejor asistencia sanitaria al enfermo, y ello lo realiza el médico; y el proceso tiene por función obtener la resolución más justa posible de los conflictos intersubjetivos, y ello lo realiza el juez, por lo que debe tener la máxima libertad posible para cumplir su función, y ello resulta bastante incompatible con los pactos procesales privados. Dicho en otros términos, si el hospital es el lugar donde los ciudadanos acuden para curar sus enfermedades, y a nadie se le ocurriría pensar que no son los médicos los que deben indicar las pruebas a que debe someterse el paciente y el tratamiento a seguir, el proceso es el lugar donde los litigantes acuden para solucionar sus conflictos, por lo que si se quiere que éstos se resuelvan de la forma más justa posible, debe dársele al juez los medios y poderes necesarios para alcanzar tal fin, no condicionando su actividad a los pactos privados de las partes[6].

---

5. Así, *vid.* Cipriani, F.: *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2002, núm. 4, p.1244.

6. Ya en este sentido me pronuncié en mi trabajo *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*», publicado en «Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional», Universidad de Lima, 2003, nota 29, p. 62, y en la «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal», Rubinzal—Culzoni, 2004, nº 4, p. 265 —y versión italiana *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia:un dibattito mal impostato*, en «Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia», T.I, Giuffré, Milano, 2005, nota 32, p. 225-.. Igualmente crítico con la comparación de Cipriani se muestra Oteiza en su estudio *Autonomía de la voluntad, cooperación e igualdad en el proceso civil*, en «Derecho y Proceso. Libro en Homenaje al Profesor Francisco Ramos Méndez», edit. Atelier, Barcelona, 2018 (en prensa).

2. El derecho constitucional a la prueba como fundamental del sistema probatorio y sus repercusiones procesales

El art. 24 de la Constitución española (CE) recoge toda una serie de garantías procesales otorgándoles el carácter de derechos fundamentales, por lo que se configuran, de este modo, en el punto de referencia de todo el ordenamiento procesal. El derecho a la prueba aparece en el apartado segundo de dicho precepto, en los términos siguientes: «Asimismo, todos tienen derecho a [...] utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa».

En consecuencia, toda regulación procesal debe tener en cuenta este reconocimiento constitucional del derecho a la prueba. Y para el estudio de este derecho, como analizamos más profundamente en otro lugar[7], es necesario atender a la distinción efectuada por el Tribunal Constitucional (TC) español sobre el doble carácter o función, objetivo y subjetivo, de los derechos fundamentales:

a) En primer lugar, debemos destacar su vertiente objetiva, en cuanto que se conforman como garantías esenciales de nuestro conjunto normativo, como figuras que resumen «un valor asumido en el sistema de una comunidad», insertándose «con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico»;
b) Y en segundo lugar, poseen una vertiente subjetiva, en la medida en que atribuyen a una persona el poder de ejercitarlos (derecho), así como de reclamar su debida protección.

En este sentido, por ejemplo, la sentencia del TC (STC) 51/1985, de 10 de abril (f.j. 9º), indica: «El apartado segundo del art. 24 de la Constitución, al enumerar los que grosso modo pueden denominarse derechos constitucionales de contenido procesal, menciona de manera concreta el derecho de todos «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa». Como todos los derechos fundamentales establecidos entre los arts. 14 y 29, presenta éste una doble línea de proyección de su eficacia, pues es un parámetro para fijar la legitimidad constitucional de las Leyes y es un derecho (y una norma) directamente ejercitable (aplicable) por el particular».

Por ello, dada la vertiente objetiva del derecho a la prueba estamos en presencia de una norma fundamental del ordenamiento constitucional, por lo que su aplicación no es disponible por los particulares, lo que conlleva que todo pacto que suponga una limitación del derecho a la prueba deba reputarse nulo. En este sentido, la STC 19/1985, de 13 de febrero, en su f.j. 3º, ya indicó que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la

7. Picó i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 1996, pp.195 a 198.

Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto». Y, de igual modo, la STS de 5 de noviembre de 1982 destacó la irrenunciabilidad de los medios probatorios, afirmando en su f.j. 1º que «la única referencia en sentido prohibitivo de su operancia lo es respecto a la prueba testifical, a lo que es de añadir que, por imperativo de lo ordenado en el art. 1244 de nuestro citado código, tal prueba será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida, precepto inderogable por voluntad de los particulares y que, por ende, hace incidir el convenio que desconociéndolo estipulen en la categoría de los «contrarios a las leyes» que el art. 1255 del repetido cuerpo legal establece como valladar a la libertad de pacto».

En conclusión, entiendo que solo aquellos pactos que favorezcan la actividad probatoria pueden ser admitidos[8]. Seguidamente, pasa a analizar las hipótesis de posibles —o imposibles— pactos privados probatorios.

3. Pactos sobre iniciativa probatoria

La mayor o menor iniciativa probatoria *ex officio iudicis* es un tema que ha originado muchísima literatura y un debate doctrinal muy encontrado[9]. Pero, en todo caso, aquellos ordenamientos que permiten al juez dicha iniciativa, esta claro que no puede negarse por vía convencional de las partes debido al carácter imperativo de las normas procesales; como tampoco debería admitirse que en aquellos ordenamientos que impiden la iniciativa probatoria del juez se facultara a las partes para permitirle dicha iniciativa probatoria. Por todo ello, por ejemplo, en un proceso de divorcio, un acuerdo entre las partes negando al juez la posibilidad de acordar la audiencia de uno de sus hijos menores, sería nulo por disponer de una norma imperativa (los arts. 752.1.II y 770.4ª. II LEC).

Sin embargo, si podría admitirse que en aquellos ordenamientos que impiden la iniciativa probatoria del juez se facultara a las partes para permitirle dicha

---

8. A igual conclusión llega Muñoz Sabaté utilizando el símil del juez como historiador, indicando: «Ciertamente la función historificadora del proceso, ya de por sí excesivamente gravada con unos formalismos que a veces impiden llegar a la llamada verdad material, repele que se añadan nuevas reglas convencionales. Pero opino que esta repulsión sólo es legítima cuando tales cortapisas juegan en contra, es decir, cuando por medio de ellas se pretende tasar la prueba, bien sea en su estadío de admisibilidad, bien en el de su valoración […] resulta imposible de admitir que en virtud de un pacto entre las partes, se mediatice el rol historificador del juez. Eso sería tanto como exigirle a un historiador que averiguase determinado acaecimiento histórico sirviéndose de los documentos depositados en tal archivo y prohibiéndole que lo hiciera manejando otros documentos o huellas. ¿Qué historiador se prestaría a desempeñar tan menguado papel?» (*Las cláusulas procesales en la contratación privada*, edit. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 63-64 —de igual modo, *vid.* sus pp. 27-28).

9. Cfr., con carácter general, mi trabajo *El juez y la prueba*, edit. J.Mª. Bosch, Barcelona, 2007.

iniciativa probatoria, pues ello maximizaría la eficacia del derecho fundamental a la prueba.

En todo caso, parece extraño —y en cierto grado incongruente— que un ordenamiento prevea los pactos procesales probatorios y, a la vez, una amplia iniciativa probatoria, como sucede con el ya mencionado caso brasileño: el art. 190 CPC establece dichos pactos y su art. 370 la facultad del juez de ordenar prueba de oficio[10]. ¿En qué quedarán dichos pactos si el juez puede ordenar, igualmente, aquellas pruebas que no quisieron las partes que se practicaran?

4. Pactos sobre medios de prueba

Íntimamente relacionado con el punto anterior encontramos los pactos referentes a los singulares medios de prueba: debemos preguntarnos aquí si las partes pueden establecer que, en caso de litigio sobre la relación contractual, no se podrá requerir la aportación de determinados documentos (o renunciar a cualquier otro medio de prueba). En mi visión del problema, y partiendo de la mencionada doble vertiente del derecho fundamental a la prueba, con carácter previo al litigio, su aspecto objetivo conlleva a dicho pacto deba considerarse nulo por contravenir dicha garantía constitucional —que es del todo indisponible por las partes—. Sin embargo, una vez iniciado el proceso, el aspecto subjetivo de este derecho hace que las partes sean libres de no solicitar la aportación de los citados documentos, siendo la renuncia al ejercicio procesal de dicho derecho totalmente válido (ello no excluye, como es obvio, que si se permite la iniciativa probatoria del juez civil, éste pueda ordenar la aportación de dicho documento)[11].

Más conflictivo se plantea la posibilidad de pactar aspectos de los medios de prueba de manera diferente a lo previsto en la LEC. En mi modesta opinión, debido a la configuración legal de este derecho a la prueba —reconocida en numerosas sentencias del TC[12]— si dicho pacto atenta a la Ley no será válido (por ejemplo, aquel que admita la validez de la una prueba ilícita —infringiendo los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ—, o la posibilidad de aportar documentos

10. En concreto, esta norma establece que «Corresponde al juez, de oficio o a instancia de parte, determinar las pruebas necesarias para el enjuiciamiento de los hechos».

11. En este punto, es necesario saber diferenciar con nitidez la renuncia al contenido del derecho de la renuncia al ejercicio del derecho (expuesto en el segundo epígrafe de este trabajo): lo primero será nulo —debido al aspecto objetivo del derecho fundamental a la prueba—, y lo segundo no —dado el aspecto subjetivo de este derecho—.

12. De entre las más recientes, *vid.* la STC139/2017, de 13 de noviembre (f.j. 2º); y en doctrina mis trabajos *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 13 a 38; y *Las garantías constitucionales del proceso*, ob. cit., pp. 177 a 186.

fundamentales en cualquier momento del proceso —en contra del art. LEC—, etc, etc). Pero si no la contradice —como, por ejemplo, sería la posibilidad de interrogar en juicio a la propia parte— sería válido el pacto procesal[13].

Finalmente, en este punto, me parece muy interesante el interrogante que plantea Muñoz Sabaté: ¿puede pactarse en un contrato quien será perito —de parte o de designación judicial— en caso de originarse un litigio sobre el cumplimiento de dicho contractual? En función de lo que ya he indicado al inicio de este punto, la respuesta deberá ser negativa, por cuanto el aspecto objetivo del derecho fundamental a la prueba hace inviable cualquier límite a la libertad de elección del perito una vez surja el litigio. En consecuencia, iniciado el litigio, no habrá inconveniente alguno en que en el ejercicio (subjetivo) de este derecho fundamental las partes si puedan ponerse de acuerdo sobre qué perito deberá realizar el dictamen pericial[14].

5. Pactos sobre carga de la prueba

Como es sabido, las reglas de la carga de la prueba puede configurarse de dos modos distintos: (a) como «reglas de conducta o de iniciativa» destinadas a las partes; o (b) como «reglas de juicio» dirigidas al juez. En España se ha impuesto esta segunda configuración de la carga de la prueba, por cuanto el art. 217.1 LEC establece que: «Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión […]» y seguidamente expone las reglas de juicio que debe aplicar el juez para imputar a las partes las consecuencias negativas de no haberse probado en el proceso los citados hechos dudosos[15].

---

13. Respecto de la viabilidad de este medio probatorio, *vid.* Franco Arias, J.: *¿Es posible el interrogatorio de la propia parte?*, en «JUSTICIA», núm. 1-2, 2011, pp. 59 a 66; Torres Pindado, D.: *Aspectos subjetivos en el interrogatorio de parte*, en «Aspectos prácticos de la prueba civil», dir. X. Abel y J.Picó, J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 2006, pp. 283 a 286; y Picó Junoy, J.: *Comentario al art, 301 LEC*, en «Práctica Procesal Civil», T.V, coord. J. Corbal, P. Izquierdo, y J. Picó, edit. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 3876-3877.

14. Y, de hecho, así se prevé en el art. 339.4 LEC, destacando que «si las partes que solicitasen la designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal».

15. De manera clara y rotunda, la reciente STS 484/2018, de 11 de septiembre, en su f.j. 5º afirma: «[…] la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia non liquet (literalmente «no está claro») que se establece en los arts. 11.3º LOPJ y 1.7º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el art. 217 LEC, no se encuentre entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuándo han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de

En función de lo antedicho, como es obvio, las reglas de juicio que integran la carga de la prueba, al ir dirigidas al juez, se encuentran fueran del ámbito de disponibilidad de las partes[16]. En este sentido, por ejemplo, la STS de 8 de junio de 1988 destaca: «La doctrina de la carga de la prueba pretende identificar al litigante en quien redundarán los efectos perjudiciales cuando un hecho no resulte justificado; esto es, será aplicable en el supuesto de deficiencia probatoria, pues para que el Juez pueda fallar conforme a las exigencias de los artículos 361 de la Ley Procesal Civil [de 1981] y 1.7 del Código Civil, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria; en la ciencia del derecho, este instrumento se denomina «regla de juicio» y, en el proceso civil, se encuentra en el citado artículo 1214 [del Código Civil, esto es, el vigente art. 217 LEC] (…) sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes, las cuales no impedirán su utilización en las situaciones de incertidumbre, ni tienen resortes para modificar su estructura».

En consecuencia, al encontrarnos ante reglas indisponibles por las partes, cualquier pacto que altere el contenido del art. 217 LEC será nulo. Así, por ejemplo, el que indicase que una de las partes del contrato deberá probar un determinado hecho, para que el juez pueda darlo por cierto, sería inválido por contrario al art. 217 LEC. Y aquel en el que se pactase que, en caso de litigio, el comprador deberá probar los hechos A, B y C y el demandado los hechos D, E y F también lo sería por el mismo motivo[17]. En cambio, las partes si pueden acordar quien se encuentra en mejor situación, y le es más fácil, acceder a determinadas pruebas (por ejemplo, porque se las queda en su posesión)[18]—[19]. Esta es la solución a la que ha llegado Brasil, donde como he indicado, han tenido plena acogida los contratos procesales: así, el nuevo CPC establece: «Art. 373. La carga de la prueba incumbe: […] § 3º La distribución diversa de la carga de la prueba también puede ocurrir por convención de las partes, salvo cuando: I. recaiga sobre derecho no disponible de la parte; II. haga excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho. § 4 El convenio de que trata el artículo 3 puede celebrarse antes o durante el procedimiento».

---

prueba de determinados extremos relevantes en el proceso». Al respecto, me remito a las consideraciones que efectué en mi trabajo *El juez y la prueba*, ob. cit., pp. 107 a 110.

16. De igual modo, *vid.* Abel Lluch, X., *Derecho Probatorio*, edit. J.Mª. Bosch, Barcelona,2012, p. 401.

17. Salvo, como es obvio, que el contenido de tales pactos coincidiese con lo previsto en el citado art.217 LEC.

18. En este sentido, por ejemplo, Muñoz Sabate, Ll.: *Fundamentos de Prueba Judicial*, edit. J. Mª. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 190-191; idem, *Las cláusulas procesales* …, ob. cit., p. 65.

19. Aunque este pacto no vinculará al juez, por lo que podrá resolver atendiendo a lo que considere oportuno sobre cual de las dos partes le era más fácil probar un determinado hecho.

De igual modo, está fuera de la disponibilidad de las partes fijar la concreta dosis de prueba para acreditar un hecho: así, por ejemplo, el pacto que establezca que para dar por probado un hecho será suficiente con la declaración de dos testigos, o para acreditar la vigencia del derecho extranjero no serán válidas las fotocopias o informaciones logradas por Internet, etc, etc. Todos estos pactos probatorios, en la medida en que inciden en la actividad enjuiciadora del juez, no son válidos ya que las partes no pueden disponer sobre poderes o facultades de terceros.

Y ello nos lleva, finalmente, a los pactos sobre valoración de la prueba

6. Pactos sobre valoración de la prueba

Las normas de valoración probatoria van destinadas al juez, por lo que el margen de actuación de las partes, sobre este particular, es nula, pues no es posible disponer de algo que no se tiene[20]. Así, por ejemplo, el pacto privado de las partes que permitiera la valoración judicial de una prueba ilícita sería inválido por contravenir los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ. O aquel que hiciese un listado de documentos de imposible valoración judicial, o el que indicase que la declaración de determinadas personas tendrán más —o menos— valor probatorio, tampoco serían válidos por vulnerar los arts. 326 o 376 LEC, respectivamente.

7. Reflexión final

En definitiva, si bien es cierto que los contratos o negocios procesales están en auge en el derecho comparado, en las normativas más recientes que los han previsto —como la brasileña—, en materia probatoria tienen un alcance muy limitado, pues tienen por objeto permitirle al juez la máxima actividad probatoria o facilitarle su enjuiciamiento de los hechos (*ad exemplum*, respecto al *onus probandi*). Y es lógico que tengan ese alcance limitado porque, en última instancia, no debemos olvidar que la prueba es la actividad dirigida al juez para que pueda formarse su justo enjuiciamiento de los hechos litigiosos, por lo que todo lo que sea limitar dicha actividad no solo afectará a las partes, sino también a la concreta función jurisdiccional del juez.

---

20. Con igual claridad se pronuncia Muñoz Sabaté, para quien «los pactos sobre valoración de la prueba, su rechazo debe ser rotundo en la medida en que esta actividad forma parte sustancial del juicio jurisdiccional» (*Las cláusulas procesales*…, ob. cit., p. 73).

Y acabo como empecé, con el erróneo símil entre el médico y el juez: si el médico debe ser libre para determinar los medios de diagnóstico que estime necesarios para identificar la concreta patología a tratar y valorar sus resultados, así como también debe serlo para elegir la mejor terapia —por lo que no debe estar vinculado en ningún caso por la opinión o preferencia del paciente—; el juez, que tiene el deber de resolver el conflicto ante él planteado por las partes de la forma más justa posible (arts. 1 y 24.2 CE), también debería disponer de la máxima actividad probatoria posible para realizar eficazmente su función, esto es, resolverlo de la forma más justa posible. En consecuencia, el médico y el juez, que deben tratar una determinada patología o conflicto, respectivamente, para hacerlo deben tener la libertad para identificar y ordenar los medios de diagnóstico o pruebas que crean oportunas, y valorar sus resultados como estimen conveniente para determinar correctamente la mejor terapia (el médico) o aplicar la debida norma jurídica que resuelva el conflicto litigioso (el juez).

2 | Efecto vinculante de la declaración de hechos probados de la Sentencia penal en un proceso posterior

José Martín Pastor
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

I. Introducción

En el ordenamiento jurídico español es admisible que unos mismos hechos sean considerados desde diferentes perspectivas jurídicas, y puedan dar lugar, en consecuencia, a distintas consecuencias jurídicas.

Atendiendo a lo expuesto, en caso de controversia, unos mismos hechos podrán integrar el objeto de diferentes procedimientos o procesos —ya sean del mismo orden jurisdiccional, ya sean de distintos órdenes jurisdiccionales—. Por ejemplo, un mismo hecho puede constituir un ilícito penal que dé lugar a una responsabilidad penal, y, a su vez, un ilícito civil que origine una responsabilidad civil (arts. 109-115 CP).

Dando por sentado que unos mismos hechos pueden producir distintas consecuencias jurídicas y constituir el objeto de diferentes procedimientos o procesos, hay que tener presente que, al ser estos hechos objetos de diferentes valoraciones y enjuiciamientos por distintos órganos, se corre el riesgo de que se produzcan apreciaciones y fijaciones de dichos hechos que puedan resultar contradictorias.

No se trata de que distintos órganos hayan abordado bajo ópticas jurídicas diferentes los mismos hechos extrayendo las correspondientes consecuencias jurídicas[1], sino de que aquéllos lleguen a conclusiones fácticas distintas sobre dichos hechos.

1. *Vid*. la STC (Sala 2ª), 70/1989, de 20 de abril (FD 3º y 4º), y la STC (Sala 2ª), 116/1989, de 22 de junio de 1989 (FD 3º).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la compatibilidad con la Constitución de la existencia de resoluciones jurisdiccionales contradictorias, distinguiendo en función del extremo sobre el que se manifieste la contradicción.

De esta forma, «como regla general carece de relevancia constitucional que puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones provenientes de órganos judiciales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues en estos casos los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales»[2].

Sin embargo, existen supuestos excepcionales de contradicciones entre resoluciones judiciales que presentan relevancia constitucional. En concreto, aquéllos en los que la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas, sino de haberse llegado, desde el punto de vista fáctico, a una distinta apreciación y fijación de los mismos, de forma que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor o no lo fue[3].

La problemática en cuestión ya la expuso con claridad la STC (Sala 2ª), 77/1983, de 3 de octubre (FD 4º), al destacar «la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado».

La STC (Sala 2ª), 151/2001, de 2 de julio (FD 4º), también ha puesto de relieve que «afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia no es posible separarse luego de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento. Y ello porque, en la realidad jurídica, esto es,

---

2. STC (Sala 2ª), 109/2008, de 22 de septiembre (FD 3º). Véanse también la STC (Sala 1ª), 30/1996, de 27 de febrero (FD 5º); la STC (Sala 1ª), 50/1996, de 26 de marzo (FD 3º); la STC (Sala 2ª), 59/1996, de 15 de abril (FD 2º); y la STC (Sala 2ª), 190/1999, de 25 de octubre (FD 4º).

3. Así, la STC (Sala 2ª), 109/2008, de 22 de septiembre (FD 3º). Véanse también la STC (Sala 1ª), 30/1996, de 27 de febrero (FD 5º); la STC (Sala 1ª), 50/1996, de 26 de marzo (FD 3º); la STC (Sala 2ª), 59/1996, de 15 de abril (FD 2º); y la STC (Sala 1ª), 192/2009, de 28 de septiembre (FD 2º).

en la realidad histórica relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron (…), cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (…), y es claro que unos hechos idénticos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica».

Por ello, debemos partir del análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales sobre unos mismos hechos, y sobre la vinculación de un proceso posterior a la declaración de hechos probados realizada en un proceso anterior.

II. Jurisprudencia Constitucional sobre la vinculación de un proceso posterior a la declaración de hechos probados de un proceso anterior

La existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales sobre unos mismos hechos o situaciones jurídicas ha sido objeto de análisis en múltiples sentencias del Tribunal Constitucional, que en el momento actual integran un cuerpo de doctrina suficientemente homogéneo. A mi juicio, el análisis de esta jurisprudencia constitucional constituye un punto de partida necesario para abordar la cuestión de la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada penal[4].

Antes de analizar la jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión, una premisa básica es la de se produzca «entre las resoluciones enfrentadas una estricta identidad en los hechos»[5].

A la hora de afrontar la cuestión planteada el Tribunal Constitucional ha realizado una ponderación entre el principio de independencia judicial, por una parte, y el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva, por otra parte.

El Tribunal Constitucional nos recuerda que el respeto a la independencia de cada órgano judicial constituye un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, que aparece recogido en el art. 117.1 CE, al establecer que los jueces y magistrados que integran el poder judicial son independientes, y están some-

4. Sin embargo, para De la Oliva Santos, A., *Sobre la cosa juzgada,* Madrid, Ecerasa, 1971, p. 177, «esta postura del TC no debería condicionar el tratamiento del tema de la negación de la función positiva de la cosa juzgada penal».

5. STC (Sala 2ª), 24/1984, de 23 de febrero (FD 3º).

tidos únicamente al imperio de la ley[6]. Esa independencia implica la libertad de los tribunales para valorar libremente las pruebas y fijar los hechos.

La STC (Sala 1ª), 30/1996, de 27 de febrero (FD 5º), ha indicado que «el necesario respeto al principio de independencia judicial resta, como regla general, relevancia constitucional a estas posibles contradicciones entre resoluciones dictadas por Tribunales integrados en órdenes jurisdiccionales distintos».

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales sobre unos mismos hechos no es compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), pues unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir —o una misma persona no puede ser su autor y dejar de serlo— para los órganos del Estado, ni con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, que resulta lesionado en caso de contradicción sobre los hechos, al frustrar la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, sin que, en definitiva, resulte compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios sobre los hechos[7].

Ahora bien, esta conclusión no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar de forma automática los hechos declarados probados previamente por otro tribunal o por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada, de forma que, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado previamente por otra resolución judicial, debe exponer las razones que justifiquen una diversa apreciación y fijación de los hechos, o que la contradicción sobre los mismos es aparente[8].

Como ha puesto de relieve la STC (Sala 1ª), 158/1985, de 26 de noviembre (FD 6º), «lo que cuenta es que el Estado, a través de uno de sus órganos jurisdic-

---

6. *Vid*. la STC (Sala 1ª), 158/1985, de 26 de noviembre (FD 4º).

7. *Vid*. la STC (Sala 2ª), 24/1984, de 23 de febrero (FD 3º); la STC (Sala 1ª), 62/1984, de 21 de mayo (FD 5º); la STC (Sala 1ª), 158/1985, de 26 de noviembre (FD 4º); la STC (Sala 1ª), 204/1991, de 30 de octubre (FD 4º); la STC (Sala 1ª), 30/1996, de 27 de febrero (FD 5º); la STC (Sala 1ª), 50/1996, de 26 de marzo (FD 3º); la STC (Sala 2ª), 59/1996, de 15 de abril (FD 2º); la STC (Sala 2ª), 151/2001, de 2 de julio (FD 4º); la STC (Sala 1ª), 34/2003, de 25 de febrero (FD 4º y 5º); la STC (Pleno), 179/2004, de 21 de octubre (FD 10º); la STC (Sala 2ª), 16/2008, de 31 de enero (FD 2º); la STC (Sala 2ª), 60/2008, de 26 de mayo (FD 9º); la STC (Sala 2ª), 109/2008, de 22 de septiembre (FD 3º); y la STC (Sala 1ª), 192/2009, de 28 de septiembre (FD 2º).

8. Así, la STC (Sala 1ª), 204/1991, de 30 de octubre (FD 4º); la STC (Sala 2ª), 151/2001, de 2 de julio (FD 4º); la STC (Sala 1ª), 34/2003, de 25 de febrero (FD 4º y 5º); la STC (Pleno), 179/2004, de 21 de octubre (FD 10º); la STC (Sala 2ª), 16/2008, de 31 de enero (FD 2º); la STC (Sala 2ª), 109/2008, de 22 de septiembre (FD 4º); y la STC (Sala 1ª), 192/2009, de 28 de septiembre (FD 2º y 4º).

cionales, ha declarado la existencia o inexistencia de unos hechos, y no cabe, por las razones expresadas anteriormente, que otro órgano jurisdiccional del mismo Estado desconozca dicha declaración. Naturalmente, (…) el órgano judicial que haya de resolver en segundo lugar podrá razonadamente desechar la identidad de situaciones cuando la contradicción sea sólo aparente, o existan razones que justifiquen una diversa apreciación de los hechos. No se trata, pues, de que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada, de acuerdo por otra parte con la reiteradísima doctrina de este Tribunal Constitucional, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el de obtener una resolución fundada en Derecho. Cuando resulta que, en principio, la resolución que un órgano judicial va a dictar puede ser contradictoria con la ya dictada por otro órgano, el que pronuncia la segunda debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio».

En virtud de lo expuesto se puede concluir que, los tribunales deben tomar en consideración los hechos declarados probados en las resoluciones firmes dictadas por otros tribunales —de la misma o de distinta jurisdicción—, de modo que sólo podrán separarse de la fijación de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia, sin que ello impida «que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de normativas diferentes»[9].

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha insistido en que esta situación de aceptar los hechos declarados probados en la primera resolución, o de razonar su discrepancia, «no supone la primacía o la competencia específica de una jurisdicción, que sólo se produciría cuando así lo determine el ordenamiento jurídico, como ocurrirá, por ejemplo, cuando una decisión tenga carácter prejudicial respecto a otra»[10].

Sentado lo anterior, el Tribunal Constitucional requiere, para que un órgano judicial tome en cuenta la apreciación sobre los hechos realizada por una resolución judicial de otro órgano, que esa otra resolución sea anterior y firme, y que se tenga conocimiento oficial de ella, porque se halle incorporada al proceso que ante él se tramita, recayendo la carga de la alegación y/o aportación

9. STS (Sala de lo Civil), 532/2013, de 19 de septiembre (FD 2º).

10. STC (Sala 1ª), 158/1985, de 26 de noviembre (FD 6º). Véase también la STC (Sala 2ª), 16/2008, de 31 de enero (FD 2º).

sobre la parte que pretenda beneficiarse de la previa declaración de hechos probados[11].

Por último, el Tribunal Constitucional ha advertido al legislador de la necesidad de regular estos conflictos derivados de la existencia de contradicciones entre las decisiones judiciales referidas a los mismos hechos, introduciendo instrumentos para evitarlas —y para remediarlas si se han producido— en el ámbito de la justicia ordinaria, concluyendo que, en el supuesto de que ningún instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria haya servido para reparar la contradicción sobre los hechos, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía del amparo constitucional[12].

Como se ha podido comprobar en los párrafos anteriores, la jurisprudencia constitucional sobre la vinculación de un proceso posterior a la declaración de hechos probados de un proceso anterior parte de una ponderación entre el principio de independencia judicial, por una parte, y el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva, por otra parte.

A mi juicio, otros elementos relevantes a tener en cuenta en esa ponderación deberían ser, por un lado, el principio de unidad jurisdiccional y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, pues un tribunal que forma parte de esa jurisdicción única —a pesar, en su caso, de la existencia de diferentes órdenes jurisdiccionales— ya ha ejercitado la potestad jurisdiccional juzgando sobre esos hechos, y, por otro lado, el principio de contradicción y el derecho de defensa, pues nadie debe resultar perjudicado por la declaración de hechos probados realizada en un proceso anterior en el que no ha podido intervenir ni defenderse[13].

Adicionalmente también se debe tener en cuenta la economía procesal, pues la vinculación de un proceso posterior a la declaración de hechos probados de un proceso anterior supone una descarga de contenido y de esfuerzo probatorio en ese proceso posterior, que resultará ventajosa para una de las partes y, también, para el órgano jurisdiccional[14].

---

11. Así, la STC (Sala 1ª), 158/1985, de 26 de noviembre (FD 6º); la STC (Sala 1ª), 204/1991, de 30 de octubre (FD 4º); y la STC (Sala 2ª), 109/2008, de 22 de septiembre (FD 3º).

12. Sobre el particular pueden consultarse la STC (Sala 1ª), 62/1984, de 21 de mayo (FD 5º); la STC (Sala 1ª), 158/1985, de 26 de noviembre (FD 4º y 6º); y la STC (Sala 2ª), 109/2008, de 22 de septiembre (FD 4º).

13. *Vid*. Fernández López, M., «Prejudicialidad y vinculación a la declaración de hechos probados. La vinculación del juez civil a las sentencias dictadas en otro orden jurisdiccional», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46, 2018, pp. 9 y 10.

14. *Vid*. Gascón Inchausti, F., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil),* 2013-2014, p. 266.

III. Técnicas para evitar pronunciamientos contradictorios sobre unos mismos hechos

En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto que la jurisprudencia constitucional reclama al legislador el diseño de cauces procesales ante la jurisdicción ordinaria que sirvan para evitar o reparar la contradicción sobre los hechos. Atendiendo a ello, resulta oportuno mencionar las distintas técnicas preventivas establecidas por el ordenamiento jurídico para soslayar dicha contradicción.

En primer lugar, la acumulación de acciones y de procesos.

En segundo lugar, el instituto de la prejudicialidad, con su correspondiente efecto suspensivo sobre el curso de las actuaciones.

Estas dos primeras técnicas operan cuando todavía en ningún proceso o procedimiento ha recaído resolución firme que fije, de forma positiva o negativa, los hechos en cuestión[15].

En tercer lugar, estableciendo reglas de vinculación del proceso posterior a la declaración de hechos probados de un proceso anterior.

Esta técnica resulta de aplicación cuando en un proceso ya se ha dictado una resolución firme que fija, positiva o negativamente, los hechos en cuestión.

Interesa ahora destacar que, si el legislador regula en determinados supuestos la prejudicialidad para evitar resoluciones contradictorias cuando aún no ha recaído resolución firme que fije, de forma positiva o negativa, los hechos en cuestión, la consecuencia lógica debería de ser que, un vez pronunciada una resolución firme que fije, positiva o negativamente, los hechos, el legislador estableciera expresamente, en coherencia con la regla de la prejudicialidad, el efecto positivo, vinculante o prejudicial de esa declaración de hechos probados sobre procesos ulteriores.

Como ha indicado el Tribunal Constitucional la regulación por el legislador de la prejudicialidad devolutiva supone la primacía o la competencia específica de una jurisdicción, que justifica la vinculación a la declaración de hechos probados de la primera resolución[16].

---

15. Esta conclusión se deduce con claridad del tenor literal del art. 43, I LEC, al regular la prejudicialidad civil.

16. *Vid*. la STC (Sala 1ª), 158/1985, de 26 de noviembre (FD 6º), y la STC (Sala 2ª), 16/2008, de 31 de enero (FD 2º). La STC (Sala 2ª), 190/1999, de 25 de octubre (FD 4º), ha puesto de manifiesto que, para que la prejudicialidad pueda operar como tal, «es necesario que la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente, pues de lo contrario aquél, al abordar tal cuestión, resulta vinculado a lo resuelto en éste, sin que se justifique en ese

El legislador sí que ha establecido expresamente ese efecto vinculante en los supuestos de cuestiones prejudiciales no penales en el proceso civil, al disponer en el art. 42.3 LEC que, cuando la cuestión prejudicial sea resuelta, en sus respectivos casos, por la Administración pública competente, por el Tribunal de Cuentas o por los Tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social, «el Tribunal civil quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial».

Sin embargo, como veremos más adelante, en los casos de prejudicialidad penal en el proceso civil sí que se observa un desajuste entre la amplitud de la regla de prejudicialidad establecida en el art. 40.2 LEC y la limitación de la regla de vinculación recogida en el art. 116, I LECRIM.

Por último, indicar que otra técnica utilizada a nivel jurisprudencial para impedir la contradicción fáctica entre las resoluciones es, como tendremos ocasión de comprobar en los apartados siguientes, la de atribuir, a falta de regla expresa de vinculación, valor probatorio a la primera sentencia en el proceso posterior[17].

IV. Efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, y vinculación a la declaración de hechos probados

Se trata de analizar la relación entre el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, y la vinculación a la declaración de hechos probados de un proceso anterior.

---

caso la contradicción, y entendiéndose, si ésta se produce, que se vulnera la intangibilidad de la Sentencia dictada en sede genuina».

En la misma dirección se ha manifestado la STC (Sala 1ª), 182/1994, de 20 de junio (FD 3º), según la cual la posibilidad de un conocimiento incidental implica que no exista un previo pronunciamiento de la jurisdicción competente, en cuyo caso el juez estará vinculado al previo pronunciamiento que el órgano de la jurisdicción haya realizado con plenitud de efectos dentro de su propia competencia material, por lo que «la cuestión prejudicial implica, pues, la necesidad de resolver incidentalmente, y a los solos efectos de decidir la pretensión planteada, un tema «litigioso» por no haber sido objeto de resolución firme y definitiva del órgano competente para ello».

La STC (Sala 1ª), 30/1996, de 27 de febrero (FD 5º), y la STC (Sala 1ª), 50/1996, de 26 de marzo (FD 3º), han reputado que «resulta también constitucionalmente legítimo que el ordenamiento jurídico establezca, en algunos supuestos, a través de la prejudicialidad devolutiva, la primacía o la competencia específica de una jurisdicción sobre otra, para evitar que aquel efecto, indeseado desde la perspectiva constitucional, llegue a producirse (STC 158/1985).

De esta forma, cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos éstos esenciales del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 C.E.».

17. *Vid*. Gascón Inchausti, F., «Comentario…», *cit*., p. 266.

La doctrina[18] y parte de la jurisprudencia[19] con carácter general afirman que la cosa juzgada penal únicamente tiene un efecto negativo o excluyente, pero no desempeña una función positiva o prejudicial.

Expone Ortells Ramos, siguiendo a Gómez Orbaneja, que el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada en sentido estricto significa la vinculación a la consecuencia jurídica declarada en la sentencia previa. De esta forma, los autores citados concluyen que la vinculación a la declaración de hechos probados no sería propiamente un supuesto de efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada[20].

Si atendemos a la cuestión que no ocupa —esto es, a uno de los efectos de la cosa juzgada—, la expresión «cosa juzgada» nos lleva a plantearnos sobre qué cosa se juzga. Se juzga sobre el objeto del proceso. Y uno de los elementos integrantes del objeto del proceso son los hechos. Por lo tanto, en un proceso los hechos son objeto de enjuiciamiento. Este enjuiciamiento incluye la admisión, la práctica y la valoración de la prueba, y la fijación —positiva o negativa— de los hechos. En definitiva, se juzga sobre los hechos, declarándolos o no probados. En consecuencia, la sentencia se fundamenta, en primer lugar, en la afirmación de la convicción del juez acerca de la certeza positiva o negativa de determinados hechos. Y esa declaración de hechos probados podrá producir efectos positivos, prejudiciales o vinculantes en un proceso posterior, con independencia de si esos efectos se pueden incluir propiamente dentro de los efectos estrictos de la cosa juzgada.

Otro sector jurisprudencial incluye dentro del efecto prejudicial de la cosa juzgada la vinculación en cuanto a la fijación de los hechos[21].

Si se afirma que dichos efectos se pueden incluir propiamente dentro de los efectos de la cosa juzgada, hay que concluir que la cosa juzgada se extiende a los fundamentos del fallo[22].

---

18. Así, por ejemplo, De la Oliva Santos, A., *Sobre…, cit.,* pp. 160-176; Gómez Colomer, J. L., en AAVV., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Barcelona, J. M. Editor, 1996, p. 385; y Fernández López, M., «Prejudicialidad…», *cit*., p. 11.

19. Por ejemplo, la STS (Sala 2ª), 62/2013, de 29 de enero (FD 2º), y la STS (Sala de lo Civil), de 3 de febrero de 1981 (CDO 7º).

20. *Vid*. Ortells Ramos, M., en AAVV., *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 497, y Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal Penal* (con Herce Quemada), Madrid, 1975, pp. 275-276.

21. Así, la STS (Sala de lo Civil), 946/2000, de 16 de octubre (FD 2º); la STS (Sala de lo Civil), 23/2012, de 26 de enero de 2012 (FD 3º); la STS (Sala de lo Civil), 532/2013, de 19 de septiembre; la STS (Sala de lo Civil), 651/2013, de 7 de noviembre (FD 3º); y la STS (Sala de lo Civil), 718/2013, de 26 de noviembre (FD 6º).

22. Para la STS (Sala de lo Civil), 491/2007, de 7 de mayo (FD 2º), «la función prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo no a los razonamientos (sentencia de 17 de julio de 1.987) salvo en la medida en que constituyan la *ratio* de la decisión (sentencia de 28 de febrero de 1.991)».

V. Efecto positivo, vinculante o prejudicial de la declaración de hechos probados de la sentencia penal en otro proceso posterior

1. En otro proceso penal posterior

Para tratar el efecto vinculante de la declaración de hechos probados de la sentencia penal en un proceso penal posterior debemos distinguir dos supuestos.

1.1. En un posterior proceso penal seguido contra el mismo sujeto

A su vez, en este caso tenemos que contemplar dos situaciones.

1.1.1. Si los hechos declarados probados constituyen el objeto de un nuevo proceso penal

En este supuesto no se puede hablar de ningún efecto positivo, vinculante o prejudicial de la declaración de hechos probados de la sentencia penal previamente dictada, pues a ello se opone el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, que prohíbe un ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho haya sido ya enjuiciado en un procedimiento previo, dirigido contra el mismo sujeto, en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada[23].

Expresamente, en el art. 126 Proyecto LECRIM 2011 se establecía que «las resoluciones con efecto de cosa juzgada excluirán todo proceso penal posterior con idéntico objeto dirigido contra la misma persona», y en el art. 11.1 y 2 Anteproyecto Código Procesal Penal 2013 se disponía que «nadie puede ser perseguido ni enjuiciado penalmente más de una vez por el mismo hecho», y que «las sentencias firmes condenatorias o absolutorias y las resoluciones a las que la Ley atribuya el efecto material de la cosa juzgada excluyen el proceso penal posterior contra la misma persona por el mismo hecho».

1.1.2. Si los hechos declarados probados no constituyen el objeto de un nuevo proceso penal

Partiendo de la base de que en una sentencia penal se hayan realizado apreciaciones sobre la imputabilidad o la capacidad penal de los sujetos enjuiciados, la autoridad de cosa juzgada no alcanza a las valoraciones personales realiza-

23. *Vid*., por todas, la STS (Sala 2ª), 62/2013, de 29 de enero (FD 2º); la STC (Sala 2ª), 60/2008, de 26 de mayo (FD 9º), y la STS (Sala de lo Civil), 963/2011, de 11 de enero de 2012 (FD 7º).

das en un proceso penal concreto, sobre dichas cuestiones, para extenderlo a otro distinto[24].

1.2. En un proceso penal seguido contra diferentes sujetos

Unos mismos hechos —que podemos denominar hechos comunes— cometidos por distintos sujetos pueden objeto de enjuiciamiento en distintos procesos penales por parte de diferentes tribunales.

Piénsese, por ejemplo, en unos mismos hechos cometidos conjuntamente por sujetos no aforados y por sujetos aforados, siendo estos últimos enjuiciados por diversos tribunales. O en unos mismos hechos cometidos conjuntamente por personas de diferente edad penal, estando el Juez de menores y el Juez de adultos legitimados para impartir justicia en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 16.5 LORPM). Otro supuesto similar se produce cada vez que los partícipes en un mismo delito han de resultar juzgados por separado cuando alguno de ellos ha sido declarado en rebeldía procesal y el procedimiento penal sigue para los demás.

Este enjuiciamiento separado de unos mismos hechos puede provocar el ilógico resultado de que se llegue, sobre esos mismos hechos y en relación con un mismo grupo de sujetos, a conclusiones absolutamente dispares.

En estos supuestos, la declaración de hechos probados recaída sobre esos hechos que hemos llamado comunes no puede producir un efecto vinculante, positivo o prejudicial en el resto de procesos penales[25], cuando dicha declaración resulte perjudicial para los acusados juzgados en dichos procesos, pues se atentaría contra su derecho de defensa. En estos casos el derecho de defensa debe prevalecer sobre la seguridad jurídica y el interés en evitar sentencias contradictorias acerca de los hechos[26].

---

24. *Vid*. la STS (Sala de lo Penal), de 2 de febrero de 1982 (CC 2º y 3º); la STS (Sala de lo Penal), 999/1998, de 22 de julio (FD 2º); y la STS (Sala de lo Penal), 232/2002, de 15 de febrero (FD 1º).

25. *Vid*. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, vol. I, Barcelona, 1947, p. 249.

26. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre..., cit.,* pp. 170-173 y 176, ofrece tres argumentos para negar la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada penal cuando la primera sentencia es condenatoria. En primer lugar, la independencia judicial y la plenitud del ejercicio de la función jurisdiccional, en lo concerniente a la libertad de los tribunales para apreciar libremente las pruebas y valorar los hechos. En segundo lugar, la prohibición de indefensión y la efectividad del principio de audiencia. Y, por último, la literalidad y el ámbito de aplicación del art. 116, I LECRIM.
Véase también FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Prejudicialidad…», *cit*., pp. 10 y 12-15, quien se opone a la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada penal amparándose en la libertad de los órganos jurisdiccionales para apreciar las pruebas y determinar los hechos, y en las garantías que han de asistir al acusado en el segundo proceso, y sostiene que la sentencia firme del primer proceso puede ser valorada en el proceso posterior como prueba documental pública.

La STS (Sala de lo Civil), 963/2011, de 11 de enero de 2012 (FD 7º), ha señalado que «tampoco puede tenerse por penalmente responsable de un hecho a quien no hubiera sido acusado del mismo, por más que una sentencia penal condenatoria se aventure a afirmar su participación en ese hecho al juzgar a otro acusado distinto», y que, «incluso tratándose de sentencias penales condenatorias firmes, su efecto vinculante no puede ser tan enérgico como para quebrantar la proscripción de indefensión establecida en el art. 24 de la Constitución. Por eso la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 2003 (rec. 4145/97) declara que el principio de identidad entre los litigantes, propio de la cosa juzgada, impide extender el efecto vinculante de la sentencia penal condenatoria a quienes no hubieran sido partes en el proceso penal»[27].

Ahora bien, cuando la declaración de hechos probados de un proceso, recaída sobre esos hechos que hemos llamado comunes, pueda resultar beneficiosa para los acusados en otros procesos penales —por ejemplo, cuando se declara la inexistencia del hecho—, considero que dicha declaración favorable sí que debería producir un efecto vinculante, positivo o prejudicial en dichos procesos penales[28].

En contra de esta conclusión se ha manifestado la STS (Sala 2ª), 62/2013, de 29 de enero (FD 2º), en la que se argumenta que «con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada, ex art. 666.2 LECrim (STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre). En la misma línea, recuerdan las SSTS núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril, que los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo, por ello, sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de la cosa juzgada. Ello no impide que, como des-

27. En concreto, la STS (Sala de lo Civil), 936/2003, de 10 de octubre (FD 2º), puso de manifiesto que no se podía aplicar el efecto de cosa juzgada de la sentencia penal sobre sujetos demandados en un proceso civil que no habían sido parte en un proceso penal previo.

28. Así, Carnelutti, F., «Eficacia directa y refleja de la cosa juzgada penal», en *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1961, p. 262, y De la Oliva Santos, A., *La conexión en el proceso penal*, Barcelona, 1972, pp. 159-160. Sin embargo, posteriormente De la Oliva Santos, A., *Sobre…, cit.,* pp. 170-173 y 176, ha modificado su criterio, negando dicha eficacia prejudicial como consecuencia de la independencia judicial, de la plenitud del ejercicio de la función jurisdiccional, y de la libertad de los tribunales para apreciar libremente las pruebas y valorar los hechos.

pués abordaremos con mayor detenimiento al examinar los motivos por tutela judicial efectiva, para marcar esa distancia relevante respecto del contenido de la sentencia que le precedió deba el tribunal que decide con posterioridad incorporar a su decisión un «plus» de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que, incluso, llevan a estimar que la anterior decisión resultaba errónea o incompleta».

En los casos anteriores, hay que reconocer que, de aceptarse la solución propuesta, se estaría introduciendo una eficacia *secundum eventum litis* de la cosa juzgada penal.

2. En un proceso civil posterior

2.1. Preeminencia de la jurisdicción penal, prejudicialidad penal y vinculación a la declaración de hechos probados del proceso penal

El art. 10 LOPJ, matizando la regla general establecida en su aparado 1, dispone en su apartado 2 que «la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca».

En coherencia con lo expuesto los arts. 40 y 41 LEC regulan la prejudicialidad penal en el proceso civil.

Si, aplicando esta regulación, el tribunal civil suspendió el proceso civil por considerar de influencia decisiva la resolución del tribunal penal —bien porque en el proceso penal se estaban investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamentaban las pretensiones de las partes en el proceso civil, bien porque el hecho por el que se procedió en causa criminal podía tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil— (art. 40.2 LEC), «lo coherente es la vinculación a la resolución del tribunal penal que verse sobre el aspecto decisivo»[29].

El problema se plantea por el desajuste entre la amplitud de los supuestos de prejudicialidad penal contemplados en el art. 40.2 LEC y la limitación de los supuestos de vinculación del tribunal civil a la resolución penal, ya que la normativa vigente no contempla expresamente el efecto vinculante de la declara-

29. ORTELLS RAMOS, M., en AAVV., *Derecho..., cit.,* p. 500. Véase también FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Prejudicialidad...», *cit*., pp. 14 y 15, y nota 39.

ción de hechos probados de la sentencia penal en un proceso civil posterior, salvo cuando se trate de sentencia absolutoria por inexistencia del hecho (art. 116, I LECRIM).

A mi juicio, partiendo de que el legislador ha establecido expresamente ese efecto vinculante en los supuestos de cuestiones prejudiciales no penales en el proceso civil cuando, de forma excepcional, se hayan suspendido por prejudicialidad las actuaciones civiles (art. 42.3 LEC), con mayor motivo hay que defender ese efecto vinculante en los casos de cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil, en el que resulta necesaria la suspensión por prejudicialidad de sus actuaciones (arts. 40.3 y 4 LEC)[30].

2.2. Supuestos de vinculación del tribunal civil a la declaración de hechos probados del proceso penal anterior

El ahora derogado art. 64.10 LORPM, en su redacción original, sí que estableció que, en el proceso civil de reparación, «se considerarán hechos probados los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados, así como la participación del menor», ya que estaba previsto que la sentencia dictada en el procedimiento penal de menores resolviendo sobre la acción civil careciera de fuerza de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover juicio ordinario sobre la misma cuestión.

Sobre esta cuestión sólo existe una previsión normativa en el art. 116 LECRIM, al regular las relaciones entre la acción penal y la acción civil derivadas del mismo hecho.

De acuerdo con su apartado 1, «la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer». En su aparado segundo establece que, «en los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido».

Para el legislador la declaración penal de inexistencia del hecho implica la extinción de la acción civil. La acción civil podrá ejercitarse «en los demás casos». Pero conviene destacar que, en estos otros casos, el legislador no se pronuncia sobre el carácter vinculante que la declaración de hechos probados contenida en la sentencia penal puede tener o no en el proceso civil posterior. Dicho de

30. En sentido contrario, véase la STS (Sala de lo Civil), 333/2002, de 12 de abril de 2002 (FD 2º).

otro modo, el precepto citado propiamente tiene por objeto regular las relaciones entre las acciones penal y civil derivadas del mismo hecho, pero no el efecto vinculante de la declaración de hechos probados contenida en la sentencia penal en un proceso civil posterior.

En consecuencia, a mi juicio, de la norma transcrita no se puede deducir que, en esos otros casos, la voluntad del legislador haya sido la de negar o prohibir dicha vinculación. A falta de una previsión legislativa que contemple esta cuestión con carácter general[31], vamos a analizar los diferentes supuestos que se pueden plantear.

2.2.1. Sentencia penal absolutoria

2.2.1.1. Por inexistencia del hecho punible

En estos casos si el hecho enjuiciado por la jurisdicción penal es declarado expresamente inexistente, esta declaración de inexistencia produce un efecto vinculante o prejudicial de signo negativo para el juez civil, debiéndose considerar, al ser reputado dicho hecho inexistente, extinguida la acción civil[32]. Este efecto vinculante o prejudicial, de signo negativo, de la declaración de inexistencia del hecho punible se deduce, como ya se ha indicado, del art. 116, I LECRIM[33].

Dicho efecto también estaba contemplado en el art. 92.3 Proyecto LECRIM 2011, según el cual «la sentencia penal absolutoria tendrá eficacia de cosa juzgada en lo que se refiere a la declaración expresa de la inexistencia del hecho», y en el art. 101.1 Anteproyecto Código Procesal Penal 2013, en el que se preveía que «la declaración de inexistencia del hecho realizada por la sentencia

---

31. *Vid*. Ortells Ramos, M., en AAVV., *Derecho..., cit.,* p. 499; De la Oliva Santos, A., *Sobre..., cit*., p. 176; y la STS (Sala de lo Civil), de 3 de febrero de 1981 (CDO 7º).

32. *Vid*. la STC (Sala 2ª), 59/1996, de 15 de abril (FD 3º); la STC (Sala 1ª), 15/2002, de 28 de enero (FD 4º); y la STC (Sala 1ª), 17/2008, de 31 de enero de 2008 (FD 4º).

33. *Vid*. en la jurisprudencia, por ejemplo, la STS (Sala de lo Civil), 165/2017, de 8 de marzo (FD 2º); la STS (Sala de lo Civil), 341/2017, de 31 de mayo (FD 2º); y la STS (Sala de lo Civil), 16/2018, de 15 de enero (FD 2º).
Para muchas resoluciones la declaración penal de inexistencia del hecho constituye el único —y excluyente— supuesto de vinculación en un proceso civil posterior. En este sentido, la STC (Sala 1ª), 15/2002, de 28 de enero (FD 4º); la STC (Sala 1ª), 17/2008, de 31 de enero de 2008 (FD 4º y 5º); la STS (Sala de lo Civil), 1098/1999, de 22 de diciembre de 1999 (FD 5º); la STS (Sala de lo Civil), 895/1996, de 4 de noviembre de 1996 (FD 5º); y la STS (Sala de lo Civil), 333/2002, de 12 de abril de 2002 (FD 2º).
Otras resoluciones precisan que, en el caso de una previa sentencia absolutoria, la declaración penal de inexistencia del hecho constituye el único —y excluyente— supuesto de vinculación en un proceso civil posterior, sin descartar el efecto vinculante de la declaración de hechos probados de la sentencia penal condenatoria. En esta dirección, la STS (Sala de lo Civil), 973/1998, de 24 de octubre de 1998 (FD 1º); la STS (Sala de lo Civil), de 3 de febrero de 1981 (CDO 7º); la STS (Sala de lo Civil), de 13 de septiembre de 1985 (C 4º); la STS (Sala de lo Civil), 318/2008, de 5 de mayo (FD 2º); la STS (Sala de lo Civil), 728/2005, de 29 de septiembre (FD 1º); y la STS (Sala de lo Civil), 946/2000, de 16 de octubre (FD 2º).

penal será vinculante para el Tribunal de otro orden jurisdiccional que conozca de un proceso posterior».

2.2.1.2. Por inexistente participación del acusado en el hecho punible

El efecto vinculante o prejudicial, de signo negativo, de la declaración expresa de falta de participación del acusado en el hecho punible no está contemplado por el legislador, pero ha sido introducido doctrinal y jurisprudencialmente[34].

La declaración expresa de inexistente participación del acusado en el hecho punible produce un efecto vinculante o prejudicial, de signo negativo, para el juez civil, debiéndose considerar, al ser reputada dicha participación inexistente, extinguida la acción civil ejercitada contra dicho sujeto.

Este efecto vinculante aparecía recogido en el art. 92.3 Proyecto LECRIM 2011, según el cual «la sentencia penal absolutoria tendrá eficacia de cosa juzgada en lo que se refiere a la declaración expresa (…) de la falta de participación del acusado».

2.2.1.3. Por declaración de existencia del hecho y de participación del acusado, no siendo el hecho constitutivo de delito

La extinción de la acción penal por no ser el hecho constitutivo de delito, no obstante la declaración de la existencia de dicho hecho y de la participación del acusado en el mismo, no implica necesariamente la extinción de la acción civil. La circunstancia de que la conducta no sea sancionable de acuerdo con la ley penal, no impide que la misma pueda ser estimada como fuente de responsabilidad por la ley civil[35].

Pero ello no debe suponer negar el efecto vinculante, positivo o prejudicial a la declaración de hechos probados de la previa sentencia penal absolutoria. A mi juicio, en este caso, iniciado un proceso civil posterior, tendría que producirse el efecto vinculante de la declaración de hechos probados contenida en la sentencia penal que expresamente se refiriera a la existencia del hecho y a la participación del acusado en el mismo[36]. Si del art. 116, I LECRIM se deduce el

---

34. *Vid*., entre otras, la STS (Sala de lo Civil), 963/2011, de 11 de enero de 2012 (FD 7º); la STS (Sala de lo Civil), 537/2013, de 14 de enero de 2014 (FD 5º); la STS (Sala de lo Civil), 165/2017, de 8 de marzo (FD 2º); y la STS (Sala de lo Civil), 16/2018, de 15 de enero (FD 2º).
En la doctrina admiten la equiparación de la inexistencia «objetiva» del hecho con la inexistencia «subjetiva» Gascón Inchausti, F., «Comentario…», *cit*., p. 263, y Fernández López, M., «Prejudicialidad…», *cit*., p. 16.

35. *Vid*. la STS (Sala Civil), de 10 de diciembre de 1992 (FD 2º); la STS (Sala de lo Civil), 383/2004, de 17 de mayo (FD 2º); la STS (Sala de lo Civil), 212/2005, de 30 de marzo (FD 2º); y la STC (Sala de lo Civil), 17/2008, de 31 de enero de 2008 (FD 5º).

36. En este sentido se manifiesta Fernández López, M., «Prejudicialidad…», *cit*., p. 16.

efecto vinculante o prejudicial, de signo negativo, basado en la declaración de inexistencia del hecho punible, considero que también debería producirse la vinculación, esta vez en positivo, basada en la declaración de la existencia del hecho y de la participación del acusado en dicho hecho.

En sentido contrario parece manifestarse la STS (Sala de lo Civil), 482/1994, de 26 de mayo (FD 2º), que ha puesto de manifiesto que «la sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en vía civil, correspondiendo a los Tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven con plena autonomía, fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió (que no es el caso), lo que les permite no solo valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también apreciar las pruebas obrantes en autos y sentar sus propias deducciones en orden a la finalidad fáctica, sin que la sentencia absolutoria penal, repetimos, vincule a los Tribunales civiles ni prejuzgue su apreciación y valoración de los hechos».

A falta de norma expresa que establezca dicha vinculación, para parte de la jurisprudencia en estos supuestos la sentencia penal constituye un medio de prueba más, o incluso cualificado, de los hechos en ella contemplados, valorados y fijados[37].

2.2.1.4. Por declaración de la existencia del hecho, de la participación del acusado, y de resultar dicho hecho constitutivo delito, con estimación de alguna de las causas que eximen de la responsabilidad penal

En este supuesto la extinción de la acción penal tampoco implica necesariamente la de la acción civil, ya que la exención de responsabilidad criminal no impide un posterior proceso civil posterior a los efectos de reclamar una indemnización[38].

En este supuesto, en cuanto a la vinculación del juez civil a la declaración de hechos probados del proceso penal, me remito a las consideraciones efectuadas en el apartado anterior.

---

37. Así, la STS (Sala de lo Civil), 212/2005, de 30 de marzo (FD 3º); la STS (Sala de lo Civil), 537/2013, de 14 de enero de 2014 (FD 5º); la STS (Sala de lo Civil), 939/2007, de 11 de septiembre (FD 2º); la STS (Sala de lo Civil), 318/2008, de 5 de mayo (FD 2º); la STS (Sala de lo Civil), 962/2006, de 11 de octubre (FD 8º); la STS (Sala de lo Civil), 341/2017, de 31 de mayo (FD 2º); la STS (Sala de lo Civil), 502/2003, de 27 de mayo (FD 2º); y la STS (Sala de lo Civil), 276/2006, de 17 de marzo (FD 5º).
En sentido contrario se ha manifestado Gascón Inchausti, F., «Comentario…», *cit*., pp. 263 y 265.

38. *Vid*. la STS (Sala de lo Civil), 542/1996, de 28 de junio de 1996 (FD 2º), y la STS (Sala de lo Civil), 318/2008, de 5 de mayo (FD 2º).

2.2.1.5. Por dudas sobre el hecho punible o la participación del acusado en el mismo

La sentencia será absolutoria cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del hecho que haya dado motivo a la formación de la causa o cuando no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.

En este caso, la sentencia penal absolutoria por la inexistencia de material probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia no extingue la acción civil, ni tampoco podrá producir efecto vinculante alguno en el proceso civil posterior, ya que no contiene una declaración de hechos probados sobre la existencia del hecho o sobre la participación del acusado en el mismo[39].

En el art. 101.1 Anteproyecto Código Procesal Penal 2013, se establecía que «la declaración de un Tribunal penal de no haber quedado probado el hecho no impedirá al Tribunal de otro orden jurisdiccional una declaración fáctica basada en las reglas sobre carga de la prueba, presunciones legales o valoración probatoria distintas a las que rigen en el proceso penal».

La mayor parte de la jurisprudencia se ha manifestado en este sentido[40].

La STS (Sala de lo Civil), 276/2006, de 17 de marzo (FD 5º), ha destacado que para la vinculación «se requiere que se declare que el «hecho» que individualiza la «causa petendi» de la acción civil, —por lo tanto, el constitutivo del ilícito o que fundamente la autoría o participación— no existió, sin que sea suficiente que la absolución se funde en la falta de prueba de la existencia, pues no son jurídicamente equiparables la inexistencia del hecho y la incertidumbre acerca de su existencia».

Sin embargo, la STS (Sala de lo Civil), 859/2003, de 15 de septiembre (FD 2º), parece confundir la no prueba del hecho con su declaración de inexistencia, atribuyendo efecto vinculante en el proceso civil a la declaración penal de no tener el hecho por probado, al argumentar que «ateniéndonos, como debemos atenernos, a las pruebas practicadas, ha de partirse, por ministerio legal, de la rotundidad con que la sentencia penal tiene por no probados los hechos básicos en los que ha seguido apoyándose el esfuerzo defensivo de la contra-

---

39. *Vid*. la STC (Sala 2ª), 59/1996, de 15 de abril (FD 3º); la STC (Sala 1ª), 15/2002, de 28 de enero (FD 5º); y la STS (Sala de lo Civil), 165/2017, de 8 de marzo (FD 2º).
Véase también Fernández López, M., «Prejudicialidad…», *cit*., pp. 16 y 17.

40. Así, la STS (Sala de lo Civil) 1065/1992, de 28 de noviembre (FD 3º); la STS (Sala de lo Civil), 383/2004, de 17 de mayo (FD 2º); la STS (Sala de lo Civil), 165/2017, de 8 de marzo (FD 2º); y la STS (Sala de lo Civil), 963/2011, de 11 de enero de 2012 (FD 7º).

parte. Tal sentencia penal que extingue la «acción penal» al fundarse en la falta de prueba de los hechos en que se sustentaba, supone, asimismo, que «no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer», lo que significa, conforme al artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la inexistencia del hecho punible resulta vinculante para los órganos judiciales civiles. Dados los elementos fácticos del caso, no cabe una apreciación probatoria, del «hecho» (como ocurriría v.g. en un supuesto de imprudencia) en el orden jurisdiccional civil, al margen, de las declaraciones habidas en vía penal. Los hechos que se oponen al éxito de la pretensión, son sustancialmente idénticos a los juzgados penalmente. No es posible, por tanto, en el orden civil, que apoyándose en sospechas, conjeturas o indicios equivocados se llegue a un resultado diferente, pues, o bien el actor cometió un delito al sustraer el boleto y manipularlo o proclamada su absolución, no se puede fundar en el «factum», soporte del delito no probado, una valoración probatoria obstativa de la reclamación».

2.2.2. Sentencia condenatoria

La declaración de hechos probados contenida en la sentencia penal condenatoria debería producir un efecto vinculante, positivo o prejudicial, en lo relativo a la existencia del hecho y la participación atribuida al acusado en el mismo, en el proceso civil posterior[41].

En el art. 92.1 Proyecto LECRIM 2011 se disponía que «si no se ha ejercitado la acción civil en el proceso penal, la sentencia penal condenatoria tendrá eficacia de cosa juzgada en el proceso en el que se ejercite separadamente la acción civil en lo que concierne a la existencia del hecho y la participación atribuida al acusado».

La jurisprudencia ha reconocido el alcance de la prejudicialidad positiva de la previa sentencia penal condenatoria sobre la posterior sentencia civil respecto de «aquellas declaraciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo de delito, que se refiere y castiga»[42].

---

41. Así, Fernández López, M., «Prejudicialidad…», *cit*., pp. 15 y 16.

42. STS (Sala de lo Civil), 383/2004, de 17 de mayo (FD 2º). También así, la STS (Sala de lo Civil), de 3 de febrero de 1981 (CDO 7º); la STS (Sala de lo Civil), de 13 de septiembre de 1985; la STS (Sala de lo Civil), 946/2000, de 16 de octubre (FD 2º); la STS (Sala de lo Civil), 728/2005, de 29 de septiembre (FD 1º); la STS (Sala de lo Civil), 939/2007, de 11 de septiembre (FD 2º); la STS (Sala de lo Civil), 318/2008, de 5 de mayo (FD 2º); y la STS (Sala de lo Civil), 652/2010, de 19 de octubre (FD 3º).
La STS (Sala de lo Civil), 556/2001, de 29 de mayo (FD 1º), ha resuelto que «las resoluciones que se dicten en la jurisdicción penal producen excepción de cosa juzgada en la civil, «cuando se trate de hechos probados, en las condenatorias, o la declaración de no haber existido los mismos».
La STS (Sala de lo Civil), 973/1998, de 24 de octubre de 1998 (FD 1º), ha destacado que «las sentencias firmes resultan definitivas y vinculantes para el orden jurisdiccional civil (…) en cuanto a los hechos que declaren probados».
La STC (Sala 2ª), 109/2008, de 22 de septiembre (FD 3º y 4º), ha estimado el recurso de amparo interpuesto, anulando la sentencia civil, por la contradicción fáctica respecto de la autoría de los hechos, ya que aquélla desconoció la decla-

Expresado en términos similares, «la jurisdicción civil está vinculada por las sentencias penales condenatorias en cuanto a los hechos que las mismas declaren probados y que sean integrantes del tipo que definen y castigan»[43], o «las sentencias penales sólo obligan al Juez Civil «en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga»»[44].

2.2.3. Auto de sobreseimiento libre

El auto de sobreseimiento libre produce el efecto negativo, preclusivo o excluyente de la cosa juzgada, de modo que, una vez firme, no es admisible un ulterior proceso penal sobre el mismo objeto procesal y respecto a la misma parte imputada.

Se trata de analizar ahora si el auto de sobreseimiento libre puede producir el efecto positivo, prejudicial o vinculante de la cosa juzgada.

A mi juicio, en los distintos supuestos en los que resulta procedente el auto de sobreseimiento libre en el proceso penal —bien por inexistencia del hecho punible, bien por inexistente participación del acusado en el hecho punible, bien por no ser el hecho constitutivo de delito—, dicho auto no debería producir un efecto vinculante en un posterior proceso civil, pues no se sustenta en una declaración de hechos probados resultante de la práctica de los actos de prueba en un juicio oral con todas las garantías.

Sin embargo, la STS (Sala de lo Civil), 276/2006, de 17 de marzo (FD 5º), sí que parece atribuir un efecto vinculante al auto de sobreseimiento libre fundamentado en la inexistencia del hecho, al precisar que «la sentencia penal absolutoria es vinculante para el orden jurisdiccional civil —con el efecto prejudicial o positivo de cosa juzgada— cuando declara la inexistencia del hecho. Por consiguiente, ha de tratarse de sentencia que absuelva al acusado, o resolución que acuerde el sobreseimiento libre o definitivo equiparado a la sentencia firme».

2.2.4. Auto de sobreseimiento provisional

El sobreseimiento provisional por dudas acerca de la existencia del hecho punible o de la participación del acusado en el mismo, no extingue la acción civil,

---

ración de hechos probados contenida en la sentencia penal previa sobre dicho aspecto. En concreto, porque no asumió como ciertos los hechos declarados por la primera resolución, ni justificó la distinta apreciación que hizo de los mismos.

43. STC (Pleno), 179/2004, de 21 de octubre (FD 10º).

44. STS (Sala Civil), de 12 de marzo de 1992 (FD 3º), y STS (Sala Civil), de 10 de diciembre de 1992 (FD 2º).

ni tampoco podrá producir efecto vinculante alguno en el proceso civil posterior, ya que no contiene una declaración de hechos probados sobre la existencia del hecho o sobre la participación del acusado en el mismo[45].

La STS (Sala de lo Civil), 718/2013, de 26 de noviembre (FD 6º), ha afirmado expresamente que «el auto de sobreseimiento provisional de unas diligencias penales, basado en que no existían indicios suficientes para atribuir la causa del incendio a la conducta negligente de los trabajadores (…), no constituye, como pretende el recurrente, ninguna premisa fáctica ineludible del posterior enjuiciamiento civil con ocasión del ejercicio de la acción de responsabilidad civil. El auto de sobreseimiento de las diligencias previas, que justifica el archivo provisional de la instrucción, aunque se funde en que hasta ese momento no existen indicios que permitan atribuir la causación del incendio a la conducta dolosa o culposa de los trabajadores que ejecutaban las obras de demolición, no impide que en el posterior pleito civil puedan practicarse pruebas sobre el origen del incendio y, de acuerdo con ellas, concluir que el incendio fue causado por los trabajos de oxicorte que desarrollaban aquellos trabajadores, a los efectos de determinar la correspondiente responsabilidad civil por los daños derivados del incendio», y «que los autos invocados no declaran probado ningún hecho, tan sólo dejan constancia de que hasta el momento no existían pruebas de que pudiera atribuirse la causa del incendio a una conducta negligente de quienes realizaban los trabajos de demolición».

2.3. Vinculación del juez civil a la declaración de hechos probados del previo proceso penal y derecho de defensa

La vinculación del juez civil a la declaración de hechos probados del previo proceso penal nunca podrá prevalecer sobre el derecho de defensa de la parte civil —actora o demandada— que no hubiera intervenido —o podido intervenir— en dicho proceso penal[46].

La STC (Pleno), 179/2004, de 21 de octubre (FD 10º), ha reputado contrario a la Constitución que el ejercicio ante la jurisdicción civil de la pretensión resarcitoria resultara condicionado por el relato de hechos probados de la sentencia dictada por la jurisdicción castrense, en un proceso en el que el que no había podido intervenir el militar que había sufrido los daños y perjuicios cuya reparación pretendía obtener, ya que, estando la jurisdicción civil «vinculada por las sentencias penales condenatorias en cuanto a los hechos que las mismas declaren probados y que sean integrantes del tipo que definen y castigan y por

45. Así, la STC (Sala 2ª), 60/2008, de 26 de mayo (FD 9º), y la STC (Sala 1ª), 62/1984, de 21 de mayo (FD 6º).

46. Así, Gascón Inchausti, F., «Comentario…», *cit*., p. 265, y Fernández López, M., «Prejudicialidad…», *cit*., p. 15.

las absolutorias en cuanto declaren la inexistencia del hecho delictivo del que la acción civil hubiera debido nacer», «el militar perjudicado que no pudo ejercer la acusación particular ni tampoco la acción civil aneja en el proceso penal militar, por razón de la relación jerárquica de subordinación, verá constreñido su derecho de defensa, sus posibilidades de alegar y probar en relación con los hechos, cuando pretenda ejercitar la acción de responsabilidad civil derivada de ilícito penal ante la jurisdicción ordinaria una vez concluido el proceso penal militar, lo que evidencia la falta de justificación y la desproporción de la cortapisa establecida en los arts. 108.2 LOJM y 127.1 LOPM».

Por su parte, para la STS (Sala de lo Civil), 963/2011, de 11 de enero de 2012 (FD 7º), «no —puede—[47] haber mayor indefensión que la de privar a una persona natural o jurídica de toda oportunidad de defenderse oponiéndose a los hechos que se le imputen y proponiendo prueba al respecto, ninguna sentencia penal firme, ni absolutoria ni condenatoria, podrá determinar por sí sola la condena civil de quien no haya sido parte en el proceso penal».

Para dicha resolución, la regla expuesta sufre una excepción «en el caso de que la condena civil sea una consecuencia necesaria de los hechos declarados probados y de la probada participación en ellos del acusado, como puede suceder respecto de su asegurador, que en caso de sentencia penal firme condenando al asegurado como autor de los hechos no podrá discutir en un ulterior proceso civil la participación ni responsabilidad del mismo aunque sí, de no haber sido parte el asegurador en el proceso penal, la existencia del seguro o las condiciones de la póliza».

3. En un posterior procedimiento administrativo sancionador y en un eventual proceso contencioso-administrativo revisor, o en un posterior proceso laboral

En algunos supuestos tras la finalización de un proceso penal resulta admisible que se inicie un posterior procedimiento administrativo sancionador y en un eventual proceso contencioso-administrativo revisor, o un proceso laboral[48].

---

47. La inserción del texto entre guiones es mía.

48. La STS (Sala 2ª), 1807/1994, de 14 de octubre (FD 6º), ha destacado que «si un Tribunal absuelve declarando la inexistencia del hecho tal declaración vincula a la Administración, en tanto que, de producirse la absolución en base al carácter atípico penal del hecho, ello no impide su ulterior sanción si se califica de infracción administrativa».

Sobre la vinculación en estos supuestos a la declaración de hechos probados del proceso penal anterior, basta con remitirse, con las adaptaciones oportunas, a lo establecido en el apartado anterior[49].

Precisar únicamente que el art. 101.2 Anteproyecto Código Procesal Penal 2013 preveía expresamente que «en todo caso la declaración de hechos probados de la sentencia penal será vinculante para las Administraciones Públicas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y para los Tribunales de lo contencioso-administrativo en el control judicial de la misma».

49. La STC (Sala 2ª), 77/1983, de 3 de octubre (FD 4º), ha precisado que en el posterior procedimiento administrativo sancionador se debe respetar el planteamiento fáctico realizado por los órganos de la jurisdicción penal. La STC (Sala 1ª), 35/1990, de 1 de marzo (FD 3º), también se ha referido al efecto vinculante de la declaración de hechos probados de la sentencia penal condenatoria en un expediente administrativo posterior.

3 | Propuesta de reforma de la normativa reguladora de la carga de la prueba contenida en la LEC

Dr. Ramon Escaler Bascompte
Profesor Agregado de Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. Una reforma justificada en la evitación de situaciones de indefensión que genera la aplicación práctica de las reglas flexibles sobre carga de la prueba, dada la conveniencia/necesidad de estas reglas. 1.1. La regla «flexible» basada en la facilidad/disponibilidad debiera ser la regla general de carga de la prueba, y quizás la única. 1.2. La conservación de las reglas generales estáticas de los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC y la supresión de las casuísticas de los apartados 4 y 5 LEC. 1.3. Mantenimiento de la ubicación del artículo 217 LEC modificando el título. 2. La audiencia previa como escenario ideal para garantizar la función orientadora de las reglas de carga de la prueba. Necesidad de una solución análoga para el juicio verbal. 2.1. Reforma de la audiencia previa. 2.2. Reforma de la vista del juicio verbal. 3. Las conclusiones del juicio como mecanismo corrector de la inadecuada función orientadora de las reglas de carga de la prueba. 4. Las diligencias finales como solución a la inadecuada aplicación de las reglas de carga apreciada en las conclusiones del juicio. Aplicabilidad a juicios verbales. 4.1 Reforma del juicio ordinario. 4.2. Propuesta alternativa de reforma del juicio verbal, si no caben diligencias finales en el mismo. 5. ¿Cómo evitar las indefensiones causadas por la aplicación de una regla de carga distinta en fase de recurso?

Agradecimientos que explican la elección del tema de la ponencia

El objeto de mi ponencia, en la mesa relativa a la «Prueba procesal a examen», versará sobre la presentación de una propuesta de reforma de la normativa reguladora de la carga de la prueba contenida en la LEC. La elección del tema en el marco de estas Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, con razón del IV Memorial Manuel Serra Domínguez, no es casual sino que supone una muestra de los resultados de las ayudas a la investigación que se financian desde la Fundación Manuel Serra Domínguez. En efecto, en una de sus primeras convocatorias me fue concedida una ayuda para desarrollar un estudio monográfico sobre la carga de la prueba, que fue publicado en el año 2017

por la editorial Atelier[1]. El por qué de la elección de ese tema de trabajo tiene sus antecedentes en una suma de coincidencias en mi entorno académico más próximo. Surgió en el tiempo con el hecho de que el Prof. PICÓ JUNOY me ofreciera la oportunidad de participar en uno de sus proyectos de investigación en materia de prueba. De entre los posibles temas de trabajo que me planteé, siguiendo las sugerencias de mi Maestro, el Prof. RAMOS MÉNDEZ, me decanté por este tema con relación al cual, al igual que entre otros muchos, el Prof. SERRA DOMÍNGUEZ también había dejado una importante huella escrita. Quiero agradecer a los directores de estas jornadas, los profesores CACHÓN CADENAS y PÉREZ DAUDÍ, y al resto de los organizadores, que me brinden la oportunidad de presentar algunos de los resultados más relevantes de mi trabajo en esta mesa acompañado de tan ilustres ponentes especialistas en materia de prueba.

1. Una reforma justificada en la evitación de situaciones de indefensión que genera la aplicación práctica de las reglas flexibles sobre carga de la prueba, dada la conveniencia/necesidad de estas reglas

VERSIÓN VIGENTE LEC[1]	**PROPUESTA DE REFORMA**[2]
Art. 217. ***Carga de la prueba.***	Art. 217. **Reglas de juicio ante la insuficiencia o falta de prueba.**
1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión*,* desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.	1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión **o faltare prueba sobre los mismos,** desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

1. ESCALER BASCOMPTE, RAMON, *La carga de la prueba,* ed. Atelier, Barcelona, 2017, 265 pp. Allí se pueden consultar ampliamente las referencias doctrinales y jurisprudenciales que se citan en esta ponencia.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. ***4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.*** ***5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de los dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.*** ***6.*** Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores ***de este artículo el tribunal deberá tener presente la*** disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.	3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. **4.** Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. **(antiguo 6)** **5. Las reglas previstas en los apartados anteriores se aplicarán salvo que, atendiendo a los criterios de** disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio**, el tribunal estime más adecuado desplazar la carga de la prueba a la parte contraria. A efecto de que las partes puedan orientar su actividad probatoria conforme a dichos criterios, el tribunal deberá indicar los hechos controvertidos que puedan verse afectados por ello, previamente a la proposición de prueba. El tribunal tendrá iniciativa para aplicar dicha regla en los procesos en que se le faculte para practicar pruebas de oficio; en los demás casos, solamente procederá a instancia de parte.**

1. En la primera columna, en negrita y cursiva están los contenidos de la versión vigente de la LEC que se propone suprimir.
2. De forma análoga a lo dispuesto en la anterior nota, en la segunda columna, en negrita se destacan las propuestas de reforma de la LEC que se sugiere introducir

La idea que voy a sostener es que la aplicación práctica de las reglas de carga de la prueba flexibles recogidas en el art. 217.7 LEC genera una situación de indefensión a la parte que las sufre sorpresivamente al dictar sentencia.
Dicho apartado señala que para la aplicación de las normas contenidas en los apartados precedentes el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio.

Los apartados precedentes del citado precepto recogen una serie de reglas de carga estáticas que, ciertamente, ofrecen una respuesta segura a la mayoría de asuntos. Así, orientan debidamente el ejercicio de la actividad probatoria de las partes al tiempo que ofrecen una solución, como regla de juicio, al órgano judicial, cuando, pese a la insuficiencia de las pruebas, se ve igualmente obligado a dictar una resolución para el asunto. Dichas reglas generales estáticas básicamente indican que la parte actora será quien tenga la carga de probar los hechos constitutivos de su demanda, así como el demandado, los hechos impeditivos, extintivos o enervatorios de la eficacia de la misma introducidos en la contestación.

El problema está cuando, en el momento de dictar sentencia, el órgano judicial advierte una mayor facilidad o disponibilidad probatoria de la parte contraria a la que le conducirían las reglas de carga estáticas. El art. 217.7 LEC le faculta para desplazar la carga de la prueba a la parte contraria, pero el sistema no prevé ningún mecanismo corrector de la situación de indefensión a la que se ve abocada la parte afectada por ello. En este sentido, se estará de acuerdo que si las reglas de carga de la prueba «son de decisiva orientación para la actividad de las partes», tal y como recoge acertadamente el apartado IX de Exposición de Motivos de la LEC, la aplicación sorpresiva de las reglas flexibles en el momento de dictar sentencia les genera una situación de indefensión desde el momento que no tienen la posibilidad de acomodar su solicitud de prueba a la regla flexible finalmente aplicada, puesto podían haber estructurado toda su estrategia probatoria confiando en que la carga de la prueba le correspondía a la parte contraria conforme a las reglas generales estáticas. La situación todavía es más dramática cuando se pone de manifiesto al resolver recursos de apelación o extraordinario por infracción procesal, puesto las posibilidades de articular actividad probatoria en instancias superiores son inexistentes o casi nulas.

Ante esta situación, no es de extrañar que doctrina y jurisprudencia hayan abogado por una aplicación restrictiva del art. 217.7 LEC. Sin embargo, hay importantes sectores del ordenamiento en que su aplicación es más común de lo que pudiera parecer. Tómese como ejemplo el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en actividades de riesgo. La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 18 de marzo de 2016 (RJ. 2016/983) recoge perfectamente la doctrina del TS generalizando su aplicación cuando se está ante actividades «anormalmente peligrosas»[2]. El problema de la doctrina del TS es que tampoco ofrece una seguridad jurídica para determinar cuándo nos hallamos

2. No entraré en consideraciones sobre la incorrecta terminología empleada por el TS, refiriéndose a «inversión de la carga de la prueba», para aludir a hipótesis en que se aplican reglas de carga de la prueba distintas a las generales de los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC. Solamente apuntar que la naturaleza de reglas de juicio impiden que el tribunal las «invierta»; cuestión distinta es que apliquen una regla de juicio que distribuye la carga de manera distinta a las reglas generales. Más ampliamente, véase mi monografía citada en la nota 1.

ante una actividad «anormalmente peligrosa», es más, en esa misma sentencia abre la posibilidad de aplicar las reglas flexibles a otras hipótesis que, aunque no sean actividades anormalmente peligrosas, tampoco sean riesgos generales de la vida sino, unos riesgos superiores a los normales, lo que demuestra un inevitable casuismo en la aplicación de las reglas flexibles, que genera una completa inseguridad jurídica y, por ende, indefensión a las partes[3].

Ante esta tesitura, se pudiera optar por eliminar las reglas flexibles de carga de la prueba del ordenamiento o introducir elementos correctores que eviten la situación de indefensión.

La posición por la que me decanto pasa por mantener las reglas de carga flexibles porque la aplicación práctica de la figura demuestra que en muchas hipótesis es conveniente/necesario resolver conforme a reglas flexibles para evitar otras situaciones de indefensión a las que conduciría la aplicación de las reglas estáticas, cuando éstas abocan a una prueba diabólica o casi imposible. Es más, la facilidad/disponibilidad, que se recoge como criterio caracterizador de las reglas de carga flexibles, probablemente debiera convertirse en la regla general y, quizás la única, puesto es el denominador común que se manifiesta en las distintas reglas contenidas en el art. 217 LEC.

1.1. La regla «flexible» basada en la facilidad/disponibilidad debiera ser la regla general de carga de la prueba, y quizás la única

Efectivamente, si se analiza el contenido de las reglas generales estáticas contenidas en los apartados 217.2 y 3 LEC vigentes, se advierte que cuando el legislador ha optado por establecer que el actor tendrá la carga de demostrar los hechos constitutivos de su demanda y que el demandado, la de los hechos en que fundamenta su contestación, el criterio común al que responden es que cada parte tendrá mayor facilidad/disponibilidad para demostrar los hechos que introduce como fundamento de sus alegaciones. Nótese que el criterio es el mismo que se ha «fijado» al configurar la regla de carga flexible.

El problema está cuando, en un caso concreto, y ya se ha apuntado que en la práctica son bastante comunes, dichas reglas generales estáticas no encajan adecuadamente y hay que desplazar la carga a la otra parte, que tienen una

3. Al respecto, véase mi capítulo de libro: Escaler Bascompte, Ramon, «Análisis crítico de la doctrina del Tribunal Supremo sobre flexibilización de la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil extracontractual», en *La prueba civil: aspectos problemáticos* (Dir. Picó Junoy J.), Revista Jurídica de Cataluña, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 57-71.

mayor facilidad/disponibilidad en el caso concreto, en aras al debido ejercicio del derecho de defensa.

Tanto es así, que la inevitable casuística que rige en la materia, atestiguada por doctrina y jurisprudencia, ha acabado derivando en una proliferación de reglas de carga casuísticas, distintas a las generales de los primeros apartados 2 y 3 del art. 217 LEC, que pretenden corregir la inevitable aplicación de la regla de carga flexible del apartado 217.7 LEC. En este sentido, incluso la propia LEC, en los apartados 4 y 5, en materia de competencia desleal y publicidad ilícita, o en asuntos en que las alegaciones se basen en actividades discriminatorias, se prevé que el demandado tendrá una mayor facilidad probatoria, a diferencia de las reglas generales de los apartados 2 y 3 LEC. Aparentemente, con estas normas casuísticas se evita la aplicación de las reglas flexibles, pero también en estas hipótesis puede darse la situación de que el demandado se encuentre ante una gran dificultad probatoria, lo que puede ser relativamente habitual, por ejemplo, en los casos de actuaciones discriminatorias, por lo que vuelve a ponerse de manifiesto la conveniencia de corregir la situación mediante una regla de carga flexible. Asimismo, dicha técnica legislativa ha abocado a una proliferación de reglas de carga de la prueba estáticas fuera de la LEC, reconocidas por el propio apartado 5 del art. 217 LEC, amén de un buen número de reglas de carga de la prueba encubiertas en forma de falsas presunciones. La consecuencia es que la LEC no contiene todas las reglas de carga de la prueba. No se comprende por qué incluye dos previsiones casuísticas en los apartados 4 y 5 LEC, cuando hay muchas otras casuísticas no contenidas en la misma.

Todas estas previsiones casuísticas son fruto de recoger situaciones jurisprudenciales en las que se había atestiguado la inadecuación de las reglas de carga generales. La experiencia práctica ha demostrado que por muchas reglas casuísticas que se fijen, siempre hay algún hueco o resultan inadecuadas en el caso concreto, lo que reconduce a la necesidad de echar manos de las reglas de carga flexibles.

Si esto es así, probablemente bastaría con establecer como regla general en materia de reglas de carga de la prueba el criterio de la facilidad/disponibilidad probatoria. Ciertamente, ello obliga a corregir las situaciones de indefensión que genera la aplicación práctica de dicho criterio, como se ha indicado con relación a su empleo en las reglas flexibles vigentes.

Si ello es posible, probablemente se pudiera simplificar la desmesurada presencia de reglas de carga de la prueba estáticas dispersas en nuestro ordenamiento, lo que también sería un elemento positivo en aras a la seguridad jurídica de las partes.

La consecuencia de todo ello conduce a una propuesta de reforma de la normativa reguladora de la carga de la prueba que no conlleva grandes cambios en el art. 217 LEC, que puede conservar las principales reglas vigentes con ligeros retoques, pero sí que exige modificar los distintos escenarios en que las partes pueden desarrollar su propuesta de prueba conforme a la regla de carga que se haya determinado más adecuada para el supuesto concreto, a efecto de evitar las situaciones de indefensión denunciadas. La estructura dinámica de un proceso ofrece distintas oportunidades al respecto: la audiencia previa, o su momento equivalente al inicio del juicio verbal, pueden ser el momento más apropiado, pero también, en su caso, la formulación de conclusiones, las diligencias finales e, inclusive, la prueba en segunda instancia.

1.2. La conservación de las reglas generales estáticas de los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC y la supresión de las casuísticas de los apartados 4 y 5 LEC

Tal y como se apuntaba en el punto anterior, la propuesta de reforma que se aporta no comporta grandes cambios en el art. 217 LEC. De hecho, pese a que se sostenga que la única regla de carga que debiera recogerse es la que fija los criterios de la mayor facilidad/disponibilidad probatoria, que se contienen en el apartado 7 del art. 217 LEC al prever la regla de carga flexible, también existen razones para conservar las reglas generales estáticas de los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC vigentes.

En primer lugar, porque ciertamente solucionan la mayor parte de hipótesis en la práctica. Asimismo, para evitar que en cada asunto deba abrirse a debate a quién corresponde la mayor facilidad/disponibilidad en el caso concreto, lo que pudiera comportar una carga de trabajo desmesurada, solamente se discutirá el posible desplazamiento de la carga de la prueba a la parte contraria a iniciativa de parte, salvo en los procesos no dispositivos en que pueda hacerlo de oficio, con lo que en muchos casos también se simplificará la tarea de los tribunales al respecto. La razón de ello radica en que son las partes quienes conocen mejor en qué casos la mayor facilidad/disponibilidad no encaja con las reglas generales. Así, si ninguna parte insta la aplicación de la regla de carga flexible, el tribunal deberá resolver conforme a las reglas estáticas, sin que pueda aplicarla sorpresivamente al dictar sentencia, a diferencia de lo que sucede en la actualidad. En cambio, si alguna parte las invoca, el órgano judicial deberá señalar cuál es la regla de carga más adecuada en el caso concreto, previamente a la solicitud de prueba, lo que normalmente podrá hacerse en la audiencia previa o al inicio del juicio verbal, como se desarrollará con posterioridad.

Lo que no ofrece dudas es que la ubicación en la LEC de las reglas casuísticas contenidas en los apartados 4 y 5 del art. 217 LEC no tiene razón de ser. *Lege ferenda,* si se implantase la propuesta de reforma, pudieran desaparecer todas las reglas de carga casuísticas del ordenamiento. Mientras no se consolidase este nuevo sistema, por seguridad jurídica, pudieran conservarse algunas de las más relevantes fuera de la LEC, lo que justifica el mantenimiento de la previsión por remisión a otras previsiones legales expresas que tiene el actual apartado 217.6 de la LEC.

1.3. Mantenimiento de la ubicación del artículo 217 LEC modificando el título

Aunque la propuesta de reforma, que aquí sostiene, se justifique en buena medida en la crítica derivada del «olvido» de la LEC de la promesa contenida en su EEMM, en orden a la debida la función orientativa que deben cumplir las reglas de carga de la prueba en cuanto a la actividad de las partes, ello no significa que se desconozca el importante rol que cumplen esas mismas normas como reglas de juicio[4]. En efecto, dichas reglas ofrecen una solución al órgano judicial que se ve obligado a dictar una sentencia, cuando los hechos le resulten dudosos, tal y como recoge acertadamente el primer apartado del art. 217 LEC. En esta situación, dichas reglas operan con la naturaleza de regla de juicio. De ahí que sea adecuada su ubicación en sede de requisitos de sentencia de la LEC, pues es en ese momento en el cual se le puede plantear la duda al órgano judicial. De ahí también que, atendiendo a su ubicación, se proponga corregir la redacción del enunciado del art. 217 LEC, en aras a una mayor rigurosidad técnica, refiriéndose a las mismas como reglas de juicio, en vez de reglas de carga de la prueba.

Asimismo, también se propone aclarar que sean reglas aplicables ante la insuficiencia o falta de prueba. Algunos autores han sostenido que la necesidad de aplicar las reglas de carga/juicio solamente se manifiesta ante la duda o insuficiencia probatoria, lo que no sucede en caso de falta de prueba. Recogiendo la doctrina del TS al respecto[5], se comparte que dichas reglas son igualmente convenientes para el órgano judicial cuando falta prueba, puesto la obligación de dictar sentencia la tiene igual, y le ofrecen una solución análoga al proble-

---

4. Así, SERRA DOMÍNGUEZ M., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* (Dir. ALBADALEJO M.), T. XVI, Artículos 1214 a 1253, Revista de Derecho Privado (EDERSA), 1981, p. 48, señalando que, cuando se alude a carga objetiva/subjetiva o material/formal, no se está ante dos instituciones distintas sino ante aspectos distintos de una única institución.

5. La STS de 12 de junio de 2007 (RJ. 2007/3721), lo recoge expresamente en su FJ 2: «La jurisprudencia sobre la carga de la prueba se resume en los siguientes apartados: (…) c) Se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total de prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba). (…)»

ma. El argumento se halla en que el fundamento que justifica el acudir a dichas reglas de juicio por el tribunal es idéntico tanto en caso de insuficiencia probatoria como en el supuesto de ausencia de prueba, puesto en virtud del art. 1.7 CC el órgano judicial tiene prohibido el *non liquet* o, lo que es lo mismo, está obligado a resolver cualquier asunto con independencia de la actividad probatoria desarrollada.

2. La audiencia previa como escenario ideal para garantizar la función orientadora de las reglas de carga de la prueba. Necesidad de una solución análoga para el juicio verbal

Una vez sostenida la conveniencia del mantenimiento de las reglas de carga flexibles en el art. 217 LEC, lo que hay que corregir es la situación de indefensión que genera su aplicación práctica con la normativa vigente. Ya se ha indicado que ello deriva de la imposibilidad de acomodar su estrategia probatoria defensiva conforme a las mismas, puesto no tienen conocimiento de ello hasta que se dicta sentencia. En consecuencia, hay que garantizar que se pueda proponer prueba conforme a las reglas de carga más apropiadas para el caso concreto.

El escenario ideal es aprovechar las actividades organizativas de la prueba que se desempeñan en la audiencia previa. Es en ese acto en el que se fijan los hechos controvertidos que serán objeto de prueba. Es entonces cuando tiene sentido la propuesta de prueba, la cual debe acomodarse a las reglas de carga previsiblemente aplicables en el caso concreto. Ciertamente, se corre el riesgo de que las reglas que se estiman adecuadas en ese momento, una vez practicada la prueba, se demuestren inapropiadas. Si se da esa circunstancia, habrá que prever otros mecanismos correctores para llevar a cabo una ulterior propuesta de prueba conforme a las mismas. Ahora bien, conviene no olvidar que lo que está en juego es el debido ejercicio del derecho de defensa de las partes, por lo que están justificadas cuantas actuaciones procesales sean necesarias para su respeto, aun a costa de reiterar las situaciones de debate sobre las reglas de carga en diversas ocasiones en función de la evolución de las actuaciones en un caso concreto.

Por el contrario, cabe recordar que también se prevén ciertos condicionantes que tenderán a disminuir los potenciales debates sobre la materia. En este sentido, la propuesta de reforma del art. 217 LEC condiciona la aplicación de las reglas flexibles a la necesaria instancia de parte. Asimismo, la posible discusión sobre la idoneidad de una regla de carga flexible, con posteridad a la práctica

de la prueba, también estará condicionada a circunstancias sobrevenidas que haya puesto de relieve la práctica de la prueba.

Todas estas variables con relación a la práctica de la prueba deben reproducirse en el juicio verbal, por lo que habrá que buscar unas soluciones análogas a las que ofrezca la audiencia previa para el juicio ordinario.

2.1. Reforma de la audiencia previa

VERSIÓN VIGENTE LEC	PROPUESTA DE REFORMA
Art. 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. 1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de prueba. La prueba se propondrá de forma verbal, sin perjuicio de la obligación de las partes de aportar en el acto escrito detallado de la misma, pudiendo completarlo durante la audiencia. La omisión de la presentación de dicho escrito no dará lugar a la inadmisión de la prueba, quedando condicionada ésta a que se presente en el plazo de los dos días siguientes. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.	Art. 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. 1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de prueba. **Previamente a la proposición y admisión de prueba, en caso de que concurran los presupuestos para la aplicación de la regla de distribución de la carga de la prueba del apartado 5 del art. 217, atendiendo a los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, el tribunal orientará a las partes sobre cuál de ellas puede verse afectada por la falta de prueba o duda sobre determinados hechos controvertidos relevantes para la decisión.** **Contra dicha resolución sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto y, si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.**

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal. 2. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles se procederá a señalar la fecha del juicio, que deberá celebrarse en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia. (…)	La prueba se propondrá de forma verbal, sin perjuicio de la obligación de las partes de aportar en el acto escrito detallado de la misma, pudiendo completarlo durante la audiencia. La omisión de la presentación de dicho escrito no dará lugar a la inadmisión de la prueba, quedando condicionada ésta a que se presente en el plazo de los dos días siguientes. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal. 2. Una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles se procederá a señalar la fecha del juicio, que deberá celebrarse en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia. (…)

La reforma de la audiencia previa radicaría en el art. 429 LEC, relativo a la propuesta y admisión de prueba. En efecto, se sugiere recoger una manifestación del órgano judicial sobre la regla de carga de la prueba más adecuada al caso, previamente a la solicitud de prueba, condicionada al cumplimiento de los requisitos de la aplicación de las reglas de carga flexibles del art. 217.5 LEC, esto es, la necesaria instancia de parte, salvo en materias indisponibles en que el órgano judicial goce de iniciativa probatoria.

Asimismo, de modo análogo a lo que sucede con relación a la admisibilidad de las pruebas, se estima oportuno prever que contra dicha resolución solamente cabrá reposición, que se sustanciará en el acto y, si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en segunda instancia.

En otro orden de consideraciones, nótese que, con la inclusión en el art. 429.1 LEC de la posible manifestación sobre la regla de carga apropiada al juicio, se rebaja la intensidad del debate en cuanto al alcance de la iniciativa probatoria del tribunal, que recoge el citado precepto en caso de que aprecie insuficiencia de las pruebas propuestas por la partes.

Desde un punto de vista dogmático, no se consideran incompatibles las reglas de carga con la iniciativa probatoria del tribunal. Téngase en cuenta que, ante el fracaso de la actividad probatoria, sea de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial deberá resolver igualmente echando mano de las reglas de juicio que distribuyen la carga de la prueba[6]. De ahí también que se haya incluido en la previsión del art. 217 LEC el matiz de que en aquellos casos en que el tribunal goce de facultad para practicar prueba de oficio, ante el potencial fracaso de la misma, igualmente deba informar de la posible aplicación de reglas de carga flexibles cuando las estime oportunas.

Sin embargo, la tensión con el alcance de la iniciativa probatoria del art. 429 LEC se pone de manifiesto de una forma más virulenta en aquellas hipótesis en que la materia es plenamente disponible para las partes. Sin entrar en la polémica sobre las mayores o menores posibilidades que ofrece la iniciativa probatoria del art. 429 LEC, se estará de acuerdo que una segura aplicación de las reglas de carga de la prueba disminuye la necesidad de acudir a la facultad prevista en el mismo. En otras palabras, así como para evitar las situaciones de indefensión que puede ocasionar la aplicación de una regla de carga flexible con la legislación vigente, parece preferible que el órgano judicial haga un uso generoso de la iniciativa probatoria que el art. 429 LEC le reconoce para que inste a las partes a completar su propuesta de prueba cuando la considere insuficiente[7], ello no sería tan necesario si las reglas de carga se aplicaran con seguridad. Esta sería otra ventaja que se obtendría con el sistema de carga de la prueba que aquí se propone. El órgano judicial solamente debiera atender a las reglas de carga fijadas conforme al art. 217 LEC. En este sentido, a lo sumo pudiera seguir manifestando la insuficiencia de la propuesta de prueba de las partes, pero siempre conforme a las reglas de carga preestablecidas, por lo que no se daría la actual situación que induce a dicha fórmula como mecanismo encubierto para anticipar la posible aplicación sorpresiva de una regla de carga flexible al dictar sentencia.

Desde este punto de vista, el aumento de tarea que puede suponer en cuanto a la actividad del tribunal la determinación de la regla de carga previamente a

6. En esta línea, Picó Junoy J., *El derecho a la prueba en el proceso civil,* Bosch, 1996, p. 240.

7. Así, Ramos Méndez F., *Enjuiciamiento Civil,* Ed. Atelier, T.I, 2008, pp. 630 y ss.

la propuesta de prueba, se compensa con una disminución de la necesidad de hacer uso de la facultad de iniciativa probatoria que recoge el citado art. 429 LEC ante la insuficiencia de la propuesta de prueba efectuada por las partes. A ello cabe añadir que la función judicial todavía se verá más simplificada en aquellos supuestos en que no deba manifestarse sobre la regla de carga más adecuada, en los que operarán las reglas de carga estáticas sin más.

2.2. Reforma de la vista del juicio verbal

VERSIÓN VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
Art. 443. Desarrollo de la vista. (…) 443.3. Si no se hubieren suscitado las cuestiones procesales a que se refieren los apartados anteriores o si, formuladas, se resolviese por el tribunal la continuación del acto, se dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción. Si no hubiere conformidad sobre todos ellos, se propondrán las pruebas y se practicarán seguidamente las que resulten admitidas. La proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 429.	Art. 443. Desarrollo de la vista. (…) 443.3. Si no se hubieren suscitado las cuestiones procesales a que se refieren los apartados anteriores o si, formuladas, se resolviese por el tribunal la continuación del acto, se dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción. Si no hubiere conformidad sobre todos ellos, se propondrán las pruebas y se practicarán seguidamente las que resulten admitidas. **Previamente a la proposición de prueba, el tribunal orientará sobre las reglas de carga de la prueba adecuadas al caso, cuando se den las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 429.** La proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 429.

La justificación de la reforma del juicio verbal responde a los mismos argumentos expuestos en el apartado anterior al tratar la audiencia previa. Las situaciones de indefensión derivadas de la aplicación de las reglas de carga que en el juicio ordinario pretenden corregirse en audiencia previa pueden reproducirse en el juicio verbal. La única diferencia es que, todas aquellas cuestiones que se desarrollan en audiencia previa, en el juicio verbal deben manifestarse en el propio acto del juicio. En consecuencia, habrá que añadir una referencia a las mismas en el precepto regulador de la vista, valiendo con una remisión a lo dispuesto en audiencia previa, lo que no es extraño pues la normativa vigente ya se remite a la misma con relación a lo allí dispuesto para la propuesta de prueba.

3. Las conclusiones del juicio como mecanismo corrector de la inadecuada función orientadora de las reglas de carga de la prueba

VERSIÓN VIGENTE LEC	PROPUESTA DE REFORMA
Art. 433. Desarrollo del acto del juicio. 1. El juicio comenzará practicándose, conforme a lo dispuesto en los artículos 299 y siguientes, las pruebas admitidas, pero si se hubiera suscitado o suscitare la vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba, se resolverá primero sobre esta cuestión. Asimismo, con carácter previo a la práctica de las pruebas, si se hubiesen alegado o se alegaren hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la audiencia previa, se procederá a oír a las partes y a la proposición y admisión de prueba previstas en el art. 286. 2. Practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos. A tal fin, harán un breve resumen de cada una de las pruebas practicadas sobre aquellos hechos, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio. Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio. Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que se reputen dudosos. En relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, cada parte principiará refiriéndose a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria.	Art. 433. Desarrollo del acto del juicio. 1. El juicio comenzará practicándose, conforme a lo dispuesto en los artículos 299 y siguientes, las pruebas admitidas, pero si se hubiera suscitado o suscitare la vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba, se resolverá primero sobre esta cuestión. Asimismo, con carácter previo a la práctica de las pruebas, si se hubiesen alegado o se alegaren hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la audiencia previa, se procederá a oír a las partes y a la proposición y admisión de prueba previstas en el art. 286. 2. Practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos. A tal fin, harán un breve resumen de cada una de las pruebas practicadas sobre aquellos hechos, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio. Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio. Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que se reputen dudosos **o carezcan de prueba.** En relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, cada parte principiará refiriéndose a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria.

3. Expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento. 4. Si el tribunal no se considerase suficientemente ilustrado sobre el caso con las conclusiones e informes previstos en los apartados anteriores, podrá conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que les indique.	**Asimismo, en caso que consideren que la actividad probatoria practicada haya demostrado la inadecuación de las reglas de carga de la prueba con las que habían orientado su propuesta de prueba, el tribunal deberá manifestarse al respecto conforme a lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo. Salvo que ya se hubiera desestimado dicha inadecuación en audiencia previa, solamente se estimará esta solicitud efectuada de manera novedosa en conclusiones, cuando se funde en circunstancias sobrevenidas por el resultado de la actividad probatoria que no pudieron tenerse en cuenta en audiencia previa.** 3. Expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento. 4. Si el tribunal no se considerase suficientemente ilustrado sobre el caso con las conclusiones e informes previstos en los apartados anteriores, podrá conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que les indique. **5. En aquellos procesos en que el tribunal esté facultado para practicar pruebas de oficio, en caso que una vez desarrollada la actividad probatoria en juicio advierta la inadecuación de las reglas de carga con las que había orientado la propuesta de prueba de las partes en audiencia previa, deberá manifestar cuál es la regla de carga más adecuada al caso concreto, a efecto de que las partes puedan ejercitar una propuesta de prueba acorde con ello.**

	Esta misma solución será aplicable, si se estima la inadecuación de la regla de carga efectuada por las partes al formular conclusiones, cuando concurran los requisitos del apartado 2 *in fine* de este artículo. Contra dicha resolución sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto y, si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

Una de las posibles críticas a la reforma que sostiene la idoneidad de anticipar la determinación de la regla de carga antes de la propuesta de prueba descansa en la idea de que la práctica de las pruebas puede poner de relieve la inadecuación de la regla inicialmente fijada. Probablemente serán pocos los supuestos en que se produzca, por lo que es un riesgo que parece asumible. Aun así, hay que prever algún mecanismo corrector para evitar las situaciones de indefensión cuando se dé la circunstancia.

En su caso, de nuevo hay que garantizar que las partes puedan hacer una propuesta de prueba acorde con la misma. Para ello, de manera análoga a lo que se previó en audiencia previa, el órgano judicial deberá hacer una manifestación sobre la regla de carga más adecuada a estas alturas del proceso. El escenario apropiado para que las partes lo pongan de relieve es al formular conclusiones. De ahí que se proponga reformar el articulado relativo a la figura, bastando con la parcial modificación del art. 433 LEC, entendiendo que las conclusiones que recoge el art. 447 LEC para el juicio verbal se desarrollarán de modo análogo a las del juicio ordinario.

Ello no debe servir para suplir olvidos de lo que ya se hubiera podido alegar en audiencia previa. En otras palabras, aquellas partes que pretendan la aplicación de una regla de carga flexible cuando ya lo habían podido solicitar en audiencia previa, no gozarán de una segunda oportunidad. De ahí que la opción que se ofrece en trámite de conclusiones venga condicionada a que se justifique en circunstancias sobrevenidas por el resultado de la actividad probatoria que no pudieron tenerse en cuenta antes de la propuesta de prueba efectuada en audiencia previa o al inicio del juicio verbal. También valdría como motivo para revisar la desestimación de la aplicación de una regla flexible efectuada en audiencia previa. Igualmente, el órgano judicial también pudiera advertir unilateralmente la inadecuación de la regla de carga con relación a las hipótesis de materias no disponibles en que estuviera facultado para practicar pruebas de oficio.

En todas estas hipótesis, la resolución del tribunal al respecto sería recurrible en reposición, que se resolverá en el acto, pudiendo formular protesta, en caso de desestimación, a efecto de hacer valer sus derechos en segunda instancia.

Cuestión distinta sería en caso de estimación. La propuesta de prueba acomodada a la regla de carga finalmente apropiada no sería problema, pudiéndose articular de modo seguido a la fijación de la misma en unidad de acto. Más complicado sería la práctica de las pruebas admitidas, que probablemente hallarían su mejor solución en el mecanismo de las diligencias finales, conforme se desarrolla en el siguiente epígrafe

En otro orden de consideraciones, comentar que el añadido del segundo apartado *in fine* del art. 433.2, relativo a que se pueda «alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que se reputen dudosos o carezcan de prueba», guarda relación con la modificación del enunciado del art. 217 LEC que admite la aplicación de las reglas de carga también a los supuestos de falta de prueba, lo que en trámite de conclusiones pudiera tener la manifestación concreta de que no se hubiera podido practicar alguna prueba inicialmente propuesta.

4. Las diligencias finales como solución a la inadecuada aplicación de las reglas de carga apreciada en las conclusiones del juicio. Aplicabilidad a juicios verbales

Las diligencias finales se caracterizan por permitir la práctica de determinadas pruebas que por distintas razones no se han podido desarrollar en el acto del juicio. Ello encaja perfectamente con la potencial necesidad de garantizar la actividad probatoria conforme a la regla de carga que, tras el trámite de conclusiones, se estima más adecuada para el caso concreto, cuando sea diferente a la que había orientado la estrategia defensiva de las partes hasta entonces. A tal efecto, aquellas pruebas que se admitieran en un momento posterior a las conclusiones, bien pudieran practicarse por los cauces de las diligencias finales. Obviamente, ello obligaría a ampliar el ámbito de aplicación de dichas diligencias, hoy en día muy restrictivo.

No obstante, no sería un escenario extraño para el juicio ordinario. Sí, en cambio, para el juicio verbal, para el que no está prevista su aplicabilidad. Teniendo en cuenta que la necesidad de asegurar el debido ejercicio del derecho a la prueba acomodado a las reglas de carga es idéntico para los juicios ordinarios y los verbales, lo conveniente sería unificar la solución de las diligencias finales. Desde este punto de vista, en ello se encuentra un argumento de peso para

ampliar la aplicación de las diligencias finales a los juicios verbales. De otro modo, habrá que reformar el articulado del juicio verbal para admitir la práctica de las pruebas cuya idoneidad se haya manifestado con motivo del cambio de la regla de carga adecuada al caso tras las conclusiones, buscando fórmulas alternativas a las que ofrecen las diligencias finales para el juicio ordinario.

4.1. Reforma del juicio ordinario

VERSIÓN VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
Art. 435. Diligencias finales. Procedencia. 1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas: 1ª. No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429. 2ª. Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas. 3ª. También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286. 2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.	Art. 435. Diligencias finales. Procedencia. 1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas: 1ª. No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429. 2ª. Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas. 3ª. También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286. **4ª. Se practicarán aquellas pruebas que guarden relación con hechos controvertidos cuya regla de distribución de la carga de la prueba, que había orientado la propuesta de prueba en audiencia previa, se ha manifestado inadecuada en las conclusiones del juicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 433.5.**

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.	2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

Atendiendo a las consideraciones efectuadas, en cuanto a la reforma del juicio ordinario, bastaría con añadir un apartado cuarto al art. 435.1 LEC, recogiendo la posibilidad de que se practiquen las pruebas que guarden relación con los hechos controvertidos cuya regla de distribución de la carga, que había orientado la propuesta de prueba en audiencia previa, se ha manifestado inadecuada en las conclusiones del juicio.

Nótese que se alude a la audiencia previa, porque la normativa de las diligencias finales está ubicada en la regulación del juicio ordinario, pero ya se ha apuntado la idoneidad de extender la aplicación de las diligencias finales a los juicios verbales, en los cuales se puede manifestar el mismo problema desde la perspectiva de las reglas de la carga de la prueba.

4.2. Propuesta alternativa de reforma del juicio verbal, si no caben diligencias finales en el mismo

VERSIÓN VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
Art. 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales. 1. Practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones. A continuación, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes.	Art. 447. Sentencia. Ausencia de cosa juzgada en casos especiales. 1. Practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones.

Se exceptúan los juicios verbales en que se pida el desahucio de finca urbana, en que la sentencia se dictará en los cinco días siguientes, convocándose en el acto de la vista a las partes a la sede del tribunal para recibir la notificación si no estuvieran representadas por procurador o no debiera realizarse por medios telemáticos, que tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los cinco días siguientes al de la sentencia. Sin perjuicio de lo anterior, en las sentencias de condena por allanamiento a que se refieren los apartados 3 de los artículos 437 y 440, en previsión de que no se verifique por el arrendatario el desalojo voluntario en el plazo señalado, se fijará con carácter subsidiario día y hora en que tendrá lugar, en su caso, el lanzamiento directo del demandado, que se llevará a término sin necesidad de ulteriores trámites en un plazo no superior a los quince días desde la finalización de dicho período voluntario. Del mismo modo, en las sentencias de condena por incomparecencia del demandado, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada sin más trámite. (…)	**En caso que se manifieste la situación de inadecuación de las reglas de carga de la prueba con las que se había orientado la propuesta de prueba al inicio del juicio, si concurren las circunstancias previstas en el art. 433.2 *in fine*, se resolverá con arreglo a lo dispuesto en el art. 433.5, con la salvedad que, una vez concretada por el tribunal la regla de carga más adecuada al supuesto, la nueva actividad probatoria que conlleve deberá realizarse en la misma vista, incluyendo las conclusiones específicas al respecto.** A continuación, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes. Se exceptúan los juicios verbales en que se pida el desahucio de finca urbana, en que la sentencia se dictará en los cinco días siguientes, convocándose en el acto de la vista a las partes a la sede del tribunal para recibir la notificación si no estuvieran representadas por procurador o no debiera realizarse por medios telemáticos, que tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los cinco días siguientes al de la sentencia. Sin perjuicio de lo anterior, en las sentencias de condena por allanamiento a que se refieren los apartados 3 de los artículos 437 y 440, en previsión de que no se verifique por el arrendatario el desalojo voluntario en el plazo señalado, se fijará con carácter subsidiario día y hora en que tendrá lugar, en su caso, el lanzamiento directo del demandado, que se llevará a término sin necesidad de ulteriores trámites en un plazo no superior a los quince días desde la finalización de dicho período voluntario. Del mismo modo, en las sentencias de condena por incomparecencia del demandado, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada sin más trámite. (…)

Siguiendo la tendencia de unificar el tratamiento del juicio verbal con el ordinario, que tras las últimas reformas se ha plasmado en equiparar actuaciones relevantes en su dinámica, como serían la contestación a la demanda por escrito y la formulación de conclusiones, no sería descabellado que en una próxima

reforma se admitiera la aplicación de las diligencias finales a los juicios verbales, con lo que bastaría con remitirse a lo dispuesto en el epígrafe anterior.

Sin embargo, teniendo en cuenta que, pese a las citadas modificaciones del juicio verbal, la propuesta de prueba en el mismo se sigue realizando en el propio acto del juicio verbal, en el que también se desarrollan la práctica de las pruebas admitidas, no parece incoherente con dicho sistema que la propuesta de prueba acomodada a la regla de carga que se estima más adecuada tras las conclusiones, así como la práctica de las pruebas consiguientemente admitidas, también se lleve a cabo en unidad de acto en el juicio.

Ciertamente, se puede argumentar que la práctica efectiva del derecho a la prueba se ve dificultada ante el carácter sorpresivo de una regla de carga determinada de forma diferente tras el trámite de conclusiones, pero hay que reconocer que la misma dificultad probatoria conlleva el ejercicio de cualquier prueba en el juicio verbal, desde el inicio del mismo. Al menos, tras las últimas reformas, el demandante conoce la contestación, por lo que podrá intuir mejor los posibles hechos controvertidos que serán objeto de prueba. En consecuencia, podrá estar mejor preparado para ir a juicio con los medios de prueba que estime necesarios. Desde este punto de vista, se facilita el ejercicio del derecho a la prueba de la partes, pero siguen debiendo acudir a juicio preparadas para practicar todo tipo de pruebas.

Ello no significa que en el juicio verbal el desconocimiento de las reglas de carga no genere igualmente una situación de indefensión. Las partes deben saber cuáles son para poder acomodar su propuesta de prueba a las mismas. De ahí que deban determinarse al inicio del juicio verbal y, si tras la práctica de las pruebas, al formular conclusiones, se manifiesta su inadecuación, se debe prever una nueva oportunidad de propuesta de prueba acomodada a ellas, de manera análoga a lo dispuesto para el juicio ordinario. En este sentido, bastaría con añadir un fragmento en el art. 447 LEC que, tras la formulación de conclusiones y previamente a la terminación de la vista para sentencia, recogiera la situación apuntada. Cuestión distinta es que, a diferencia del juicio ordinario, teniendo en cuenta que la filosofía probatoria del juicio verbal es que se practiquen en unidad de acto las pruebas propuestas, estas últimas también deban practicarse en la vista del juicio, en vez de por el cauce de las diligencias finales.

5. ¿Cómo evitar las indefensiones causadas por la aplicación de una regla de carga distinta en fase de recurso?

VERSIÓN VIGENTE	PROPUESTA DE REFORMA
Art. 464. Admisión de pruebas y señalamiento de vista. 1. Recibidos los autos por el Tribunal que haya de resolver sobre la apelación, si se hubieren aportado nuevos documentos o propuesto prueba, acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días. Si hubiere de practicarse prueba, el Secretario judicial señalará día para la vista, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. 2. Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse también, mediante providencia, la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el Tribunal lo considere necesario. En caso de acordarse su celebración, el Secretario judicial señalará día y hora para ese acto.	Art. 464. Admisión de pruebas y señalamiento de vista. 1. Recibidos los autos por el Tribunal que haya de resolver sobre la apelación, si se hubieren aportado nuevos documentos o propuesto prueba, acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días. Si hubiere de practicarse prueba, el Secretario judicial señalará día para la vista, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. 2. Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse también, mediante providencia, la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el Tribunal lo considere necesario. En caso de acordarse su celebración, el Secretario judicial señalará día y hora para ese acto. **3. El Tribunal también deberá convocar vista en aquellos casos en que el recurso esté fundado en una inadecuada aplicación de la regla de carga de la prueba, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o formulado la oportuna protesta en su momento, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello y sea de prever que se estimará la aplicación de una regla de juicio distinta a la que ha orientado la propuesta de prueba de las partes en la instancia. El señalamiento de la vista se acompañará de una resolución concreta informando de la regla de distribución de la carga adecuada al caso, a efecto de que las partes puedan ejercitar una propuesta de prueba acorde con ello al inicio de la vista, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.**

La naturaleza de regla de juicio de las normas de distribución de la prueba conlleva que una inadecuada aplicación de las mismas pueda fundamentar el planteamiento de recursos de apelación y extraordinario por motivo de infrac-

ción de ley procesal. Con la legislación vigente, es posible que, en caso que se estimen los citados recursos, las sentencias resuelvan aplicando unas reglas de carga distintas a las que habían orientado la estrategia defensiva en la instancia, lo que puede provocar situaciones de indefensión derivadas de las reglas de carga que también conviene evitar. De nuevo, el caso paradigmático se manifiesta cuando en una instancia superior se aplica una regla de carga flexible, conforme a la cual las partes no podrán orientar su estrategia probatoria, que se podía haber confiado a las reglas de carga estáticas.

Es más, incluso que dichos recursos no considerarán inapropiada la regla de carga flexible aplicada al caso, ello no exime de que pudiera estimarse la situación de indefensión derivada de la imposibilidad de acomodar la propuesta de prueba a la misma en un momento anterior a la sentencia, lo que ya de por sí sería motivo autónomo para fundar un recurso por vulneración de garantías procesales, lo que abriría las puertas a que se denunciara en apelación, recurso extraordinario por infracción procesal e, inclusive, fuera de las justicia ordinaria, en amparo, o también, ante tribunales supranacionales protectores de derechos fundamentales básicos en proceso.

En consecuencia, las potenciales situaciones de indefensión por aplicación de las reglas flexibles de carga de la prueba se ponen de manifiesto con toda su virulencia en fase de recursos.

La cuestión sería completamente distinta con la propuesta de reforma que aquí se sostiene. Si desde la primera instancia se vela por la eliminación de las situaciones de indefensión derivadas de las reglas de carga, los supuestos de indefensión en instancias superiores debieran quedar reducidos a la mínima expresión, con el consiguiente beneficio que supondría en aras a reducir la litigiosidad de asuntos en unos tribunales superiores siempre sobrecargados.

Nótese que, desde el momento en que la aplicación de reglas de carga flexibles queda condicionada como regla general a la instancia de parte, el tribunal conocedor del recurso solamente deberá estimar su procedencia cuando se hubiere intentado la reposición contra la resolución denegatoria de su aplicabilidad en la instancia, formulando la oportuna protesta en su momento, salvo en los casos patológicos en que no se hubiere podido denunciar porque el órgano de instancia hubiere resuelto aplicando una regla de carga flexible, sin orientar a las partes, lo que sería contrario a la propuesta de reforma del art. 217 LEC apuntada más arriba.

De este modo, siguiendo en la línea básica que justifica la reforma del sistema de carga de la prueba que aquí se sostiene, bastaría con que, en segunda instancia, se previera la posibilidad de hacer una propuesta de prueba conforme

a la regla de carga flexible, cuando sea de entrever que se estime el recurso fundado en la inadecuada aplicación de una regla de carga estática en la instancia. Para ello pudiera aprovecharse la potencialidad de la vista en apelación, añadiendo al art. 464 LEC un supuesto de convocatoria necesaria de la vista, específicamente pensado para estas situaciones. En este sentido, se pudiera acompañar el señalamiento de la vista con una resolución concreta indicando la regla de distribución adecuada al caso, a efecto que las partes puedan llevar a cabo una propuesta de prueba acorde con la misma, al inicio de la vista, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

No haría falta introducir ninguna reforma en sede de recurso extraordinario de infracción procesal puesto, aunque se pudiera producir algún caso patológico de indefensión, porque el tribunal no hubiese ofrecido la oportunidad de proponer la prueba de conformidad con las reglas de carga, lo que ya de por sí sería contrario a la propuesta de ley, la solución pasaría por reponer las actuaciones al momento en que se produjo la infracción, lo que ya admite el art. 476.2 LEC.

V. EL PROCESO PENAL: A LA BÚSQUEDA DEL TIEMPO PERDIDO

1 | La pérdida de potestades del Juez de Instrucción en la investigación de los delitos

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid
Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación

SUMARIO: 1. Las modificaciones del derecho penal y de los instrumentos procesales. 2. Las responsabilidades en la investigación de los delitos. 3. La complejidad de las investigaciones y la especialización.- 4. Las relaciones entre el instructor y el fiscal. 5. Las relaciones entre el juez de instrucción y la policía judicial. 6. Del sistema legal a la práctica forense. La actuación autónoma de la policía y el desplazamiento del juez de instrucción. 7. La actualidad de la investigación penal: más Administración y menos justicia. 8. La investigación de los delitos contra la Hacienda Pública y la irrupción de la Agencia Tributaria.

1. Las modificaciones del derecho penal y de los instrumentos procesales

En los últimos tiempos estamos asistiendo en nuestro país a una extraordinaria expansión del derecho penal. Las sucesivas y frecuentes reformas del Código Penal de 1995 han derivado siempre en un incremento sustancial y desmedido de las conductas delictivas tipificadas o de las cuantías y gravedad de las penas, respondiendo en no pocas ocasiones a acontecimientos trágicos, y a las primeras páginas de los periódicos, más que a una reflexión profunda y sosegada acerca de la política criminal. En definitiva, la solución estatal a la inquietud por la proclamada inseguridad ciudadana, lejos de procurar que los recursos públicos se destinen a la mejora de los programas de educación y de seguridad, haciendo más eficaz la prevención, acuden con frecuencia a la propaganda que representan las reformas legislativas que endurecen la ley penal.

Más de 30 modificaciones de mayor o menor extensión se han ido sucediendo a lo largo de estos 33 últimos años, algunas muy amplias y relevantes como la reforma de 2003, que elevó el máximo de las penas, endureciendo además las condiciones para la libertad condicional, sobre la base del conocido eslogan del «cumplimiento íntegro de las penas»; la reforma de 2010, que agravó el castigo de los delitos de corrupción, pederastia y terrorismo y reguló la libertad vigilada, poniendo énfasis el Gobierno cuando se presentó como proyecto de ley en que no hubiera «ningún resquicio contra la impunidad»; o la reforma de 2015, que reintrodujo en España la casi olvidada cadena perpetua (derogada por el Código Penal de 1928 y ahora con una formulación «edulcorada» que el legislador denomina prisión permanente revisable), y modificó más de 250 artículos del Código Penal, con un endurecimiento muy notable de las penas[1].

Resulta poco explicable, desde el punto de vista de la política criminal, que cuando en España tenemos por fortuna unos índices de delincuencia inferiores a la media europea (en algunos delitos, como en el de homicidio, España presenta una de las cifras más bajas de la UE, según datos de Eurostat), hemos convertido nuestro Código Penal en uno de los más duros de todo el continente, siendo así que ya se suprimió en 1995 los mecanismos legales en el cumplimiento de las penas que permitían con anterioridad un tratamiento penitenciario más benevolente.

Responde esta expansión del Derecho Penal a consideraciones que dejan a un lado el principio de intervención mínima, la *ultima ratio* del derecho punitivo, y atiende a consideraciones populistas de represión, a una legislación con nombre de víctimas, promovida a golpe de telediario, que se concreta finalmente en un recorte ostensible del ámbito de las libertades fundamentales[2].

Pues bien, esta deriva no solo pasa por extender el ámbito de aplicación del Derecho Penal, que se olvida así de los principios que sustentaron la tipificación de los delitos en el Estado de Derecho, sino que se extiende también a una clamorosa limitación de las garantías a lo largo de todo el procedimiento penal y de la aplicación de las normas penales, empezando por la fase de la investigación de los delitos, donde se echa en falta un respeto más escrupuloso de las normas y de los principios del proceso penal de las garantías, respetuoso de los derechos fundamentales, como el que nuestra Constitución establece y ampara[3].

---

1. La penúltima ha sido publicada en el BOE de 21 febrero 2019 (LO 1/2019, de 20 febrero) e introduce en el Código 23 modificaciones, y la última el 2 de marzo (LO 2/2019, de 1 de marzo).

2. Sobre dichas cuestiones, Hassemer y Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995 y Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 2001.

3. Con anterioridad, reflejando ideas semejantes a las planteadas en este trabajo, Barona Vilar, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

La verdad es que las garantías procesales van de la mano y se inscriben siempre en un modelo de enjuiciamiento que viene instaurado por la ley procesal, al diseñar un modo de exigir la responsabilidad penal partiendo de una serie de pilares básicos para su correcto funcionamiento y que le permite ser reconocido. Identificar estas señas de identidad resulta esencial para entender si el sistema funciona y para convenir en los elementos susceptibles de mejorar[4].

2. Las responsabilidades en la investigación de los delitos

Hoy en día, puede afirmarse sin ambages, algunos de los puntos esenciales que marcaban las señas de identidad del modelo procesal penal de España no se cumplen. En realidad, el sistema procesal penal, tal y como fue ideado por la vieja LECRIM, nunca funcionó; entre otras cosas, porque aunque supuso un avance importante en lo que se refiere a las garantías durante el procedimiento, tuvo un defecto inicial de diseño, en lo que se refiere a los órganos públicos que intervenían en el desarrollo de las actuaciones, singularmente porque no se definían correctamente en el texto legal ni el papel del juez de instrucción, con un margen de tiempo muy estrecho para culminar la investigación del delito (un mes, de acuerdo con el antiguo art. 324)[5], ni el papel que se le atribuía al fiscal quien, según la LECRIM, tiene como función la de inspeccionar el curso de los sumarios (art. 306).

Ambas circunstancias contribuyeron al fracaso del sistema procesal; desde el principio los jueces de instrucción incumplieron el plazo máximo que establecía la ley para instruir los sumarios, con la complicidad de los órganos judiciales superiores, y el fiscal, lejos de asumir el papel de impulso de la investigación, se ha convertido a la postre casi siempre en un sujeto procesal poco activo durante esta fase del procedimiento penal[6].

---

4. Para el desarrollo de esos criterios identificadores, por todos, Montero Aroca, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. Desde el plano histórico, al margen de etapas anteriores, sobre el proceso penal contemporáneo y neomoderno, Barona Vilar, *Proceso Penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 259 a 616.

5. Sobre la nueva redacción del art. 324 LECRIM habrá que tener en cuenta la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2015, de 13 de noviembre, *sobre los plazos máximos de la fase de instrucción*. Para una aproximación crítica sobre el tema, pero muy apegada a la realidad, Crespo Barquero, «Los efectos del vencimiento de los plazos del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Los nuevos plazos de instrucción* (Curso de Formación Continuada FGE 2016, en fiscal.es, aunque también sería recomendable la lectura del resto de Ponencias). Para enmarcar su reflexión, y para entender diferentes aspectos de este trabajo, es recomendable manejar su artículo «La igualdad de armas y la asimetría acusación-defensa en un proceso penal basado en la presunción de inocencia (Referencia al anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesta de Código Procesal Penal de 2013)», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 16/2014, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

6. Un análisis bastante clarificador sobre el modelo tradicional de instrucción y su aplicación práctica, incidiendo en los aspectos problemáticos, en De Llera Suárez-Bárcena, *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 15 a 117.

Seguramente el problema vino de que el legislador del siglo XIX diseñó un sistema procesal penal con dos órganos a los que atribuyó facultades y responsabilidades que se solapaban en el descubrimiento de los delitos, pues el instructor, que debe dirigir la investigación, resulta ajeno al resultado de su tarea y es otro órgano público, el fiscal, quien debe analizar la tarea realizada por el juez y valorar, a la vista del material instructorio, si hay elementos suficientes para acusar. Así pues, la verdad es que el juez no investiga en su propio interés sino para preparar el juicio y para que el fiscal pueda sostener la acusación y el acusado su defensa, finalizando su papel cuando cierra la investigación; y esta dualidad supuso sin duda un solapamiento de funciones, que dio lugar a que uno de ellos inevitablemente diera un paso atrás.

Más allá de este defecto original, cuyas insatisfactorias consecuencias perduran hoy en día, los tiempos (y, sobre todo, los modos) de la delincuencia obviamente han cambiado, y los instrumentos más que centenarios de nuestra legislación no sirven en absoluto para investigar y sancionar los delitos. Es evidente que si pretendemos que el proceso penal sea eficaz se ha de adaptar a los tiempos y a los casos que se enjuician; la apertura de la actividad delictiva a cualquier lugar del mundo, las ramificaciones y la sofisticación tecnológica que son capaces de utilizar los delincuentes exigen respuestas individualizadas de los órganos estatales de persecución, especialmente en lo que hace a la investigación de las conductas, pues con frecuencia las organizaciones criminales utilizan pantallas y artificios para distraer la atención e impedir que se desentrañe el oscuro entramado de su actividad delictiva.

Porque el intento de replicar el mismo esquema procesal para todos y cada uno de los asuntos, sin tomar en cuenta la fundamental adecuación del instrumento a la finalidad perseguida, lleva también al fracaso más absoluto, especialmente cuando se trata de las diligencias de investigación. En esta fase del procedimiento, que pretende esclarecer lo sucedido y determinar y proporcionar los elementos probatorios que se podrán utilizar en el momento del juicio, la actividad estatal para la persecución criminal se frustraría irremediablemente si no se acomodan los medios de investigación a cada uno de los delitos que se hayan cometido y se estén persiguiendo.

Precisamente el reconocimiento de las debidas garantías durante la investigación de los delitos, más allá de lo que habrá de suceder en el plenario, que debe ser el momento culminante del procedimiento penal, y la tutela de los derechos fundamentales de los que están siendo investigados, han de correr paralelas a la imprescindible eficacia de los fines de persecución penal que se pretenden. Para ello hay que lograr un diseño estructural idóneo de las actuaciones del procedimiento penal; y comenzar por una adecuada y eficaz asignación de papeles y de responsabilidades en esta fase inicial de la investigación y la preparación del juicio.

En la vieja LECRIM la investigación de los delitos se encajaba dentro del sistema judicial: el juez de instrucción debía incoar el procedimiento desde el momento en que tuviera noticia de la comisión de un hecho delictivo, cualquiera que fuera la fuente de su conocimiento. Nada escapaba a la actuación de la justicia penal desde el momento en que había aparecido un delito. Este es el régimen vigente según la ley dispone[7].

Nuestro sistema procesal penal exige hoy por hoy que sea un juez quien investigue, o quien dirija la investigación, y asuma la responsabilidad por ello; es decir, que encomienda la investigación de los delitos a un sujeto imparcial que es, además, independiente. Y la garantía de la imparcialidad forma parte del contenido esencial del derecho a un proceso equitativo, en términos del Convenio europeo de derechos humanos, de forma que cuando en otros ordenamientos jurídicos la investigación de los delitos se le ha atribuido al Ministerio Fiscal desde luego se le exige la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones[8].

La LECRIM, dentro de lo que denominamos sistema judicial, ha colocado al juez de instrucción como el encargado de realizar u ordenar las actuaciones «encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos», como sigue disponiendo el art. 299 de la LECRIM. Y junto al instructor, como órgano público y representante de la sociedad, con funciones no muy bien definidas, se halla el Ministerio Fiscal, bajo cuya inspección directa se forman los sumarios (art. 306 LECRIM) y que tiene encomendado en una fase posterior el ejercicio de la acción penal, formulando el oportuno escrito de acusación[9].

Estos son los dos únicos órganos públicos necesarios establecidos legalmente para el funcionamiento de la justicia penal en la fase de instrucción (salvo para la persecución de delitos privados); el uno, que pertenece al poder judicial independiente, un juez; el otro, un fiscal, que se integra en un órgano autónomo jerarquizado, encargado de promover la acción de la justicia en defensa de la

---

7. Cfr. Moreno Catena, «El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2007, pp. 74 y ss.

8. Sobre las funciones de investigación y de control de la investigación en un hipotético cambio de proceso penal, en el ordenamiento español, Guzmán Fluja, «Un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal para el Siglo XXI (Nota general y dos apuntes sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011)» y Flores Prada, «Modelo de investigación, papel del Ministerio Fiscal y derecho de defensa», ambos en *Justicia penal y derecho de defensa* (Guzmán Fluja y Flores Prada, Dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 19 a 81 y 107 a 139 respectivamente.

9. Véase, al respecto, la Instrucción 2/2008, de 1 de julio, de la Fiscalía General del Estado sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción.

legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124.1 CE).

En consecuencia, según la ley los únicos responsables de la instrucción de los procedimientos penales por delito son los jueces de instrucción y los fiscales[10].

3. La complejidad de las investigaciones y la especialización

Los medios y la capacitación con que cuentan los directores de la investigación penal, que son, según nuestra ley procesal, los jueces de instrucción, junto con el desarrollo de las nuevas formas de delincuencia, han ido obligando a reconocer ciertas responsabilidades de la investigación criminal a cuerpos de funcionarios especializados, la policía judicial, que no existía como tal en el momento de la aprobación de la LECRIM.

La investigación de los delitos, la criminalística, no es, ni ha sido nunca, una materia específica de los estudios de derecho, ni se ha exigido en la preparación de nuestros jueces ni de nuestros fiscales, de modo que acceden a sus puestos sin un bagaje suficiente para realizar las investigaciones o para dirigir la tarea de descubrir los elementos esenciales y relevantes de las acciones delictivas[11].

En este planteamiento se enmarca el artículo 126 de la CE, que hace depender de los jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal a la policía judicial, en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

La consideración decimonónica de la policía judicial, comprendiendo en este concepto a todo aquel que tuviera directa o indirecta relación con la seguridad pública, como hace nuestra LECRIM (art. 282), ha dado paso a una verdadera

---

10. Aunque pueda parecer volver sobre lo mismo, un análisis de lo que el actual sistema procesal penal prevé en cuanto a las funciones a desempeñar por el Juez de Instrucción y el Fiscal en la fase de investigación, y las que deberían tener bajo otro modelo procesal (de corte acusatorio), puede verse en la Revista *Teoría y Derecho. revista de pensamiento jurídico*, nº 1/2007 sobre la responsabilidad en la dirección de la investigación del delito el debate: ¿Ministerio fiscal o juez instructor? La investigación penal a debate, en el que intervienen ANDRÉS IBÁÑEZ, «El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal» (pp. 11 a 26), DÍEZ-PICAZO, Luis María, «Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador» (pp. 29 a 38), MONTERO AROCA, «Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral» (pp. 41 a 72), MORENO CATENA, «El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos» (pp. 75 a 97) y VIVES ANTÓN, «Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito» (pp. 99 a 121).

11. Sobre la incorporación de otros conocimientos, aptitudes y habilidades en la preparación de los fiscales (fácilmente trasladable a los jueces), así como la necesidad de especialización, CRESPO BARQUERO, «Hacer bien el Trabajo», en el Curso de Formación Continuada *sobre Deontología profesional y carrera* fiscal (2016; en fiscal.es).

y propia policía judicial según invoca la Constitución (art. 126), y a ella se le confía la función de realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 17.2 CE), inconcebible en 1882, cuando la LECRIM exigía poner de inmediato al detenido a disposición judicial.

El enunciado constitucional, que no cierra un modelo específico de policía de investigación criminal[12], permite sin duda una enorme variedad de iniciativas y de actuaciones a realizar por las Unidades de Policía Judicial de modo autónomo; sin embargo, queda claro que en esas diligencias de averiguación del delito dependen de los jueces y fiscales, de los dos órganos públicos necesarios en el proceso penal.

La posición de superioridad de los jueces y fiscales sobre la policía judicial, que viene constitucionalmente establecida, exige que las iniciativas y las actuaciones policiales autónomas han de ceder en el mismo momento en que se hace cargo de ella el responsable de la investigación penal (sea el instructor, como se mantiene en nuestro sistema procesal, sea el fiscal, como se pretende y sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos), de modo que a partir de ese momento la dirección de la investigación del delito pasa a la responsabilidad del juez de instrucción, al que se tienen que someter las fuerzas policiales que hubieran actuado.

Como es obvio, una consideración idéntica han de tener los órganos de auxilio judicial que se han ido creando para proporcionar al instructor un apoyo técnico en investigaciones cada vez más complejas y que necesitan de unos medios que el sistema judicial no tiene. Estos órganos de auxilio, por su propia concepción, intervienen en las actuaciones o aportan elementos instructorios a instancias e iniciativa del juez, en una posición subordinada a los intereses y las directrices de la investigación de los delitos que dirige el instructor.

Esta especialización, que comienza por unidades policiales de investigación en materias concretas, se ha extendido a otros sectores y órganos de la Administración, llamados a auxiliar a la instrucción penal, en unos tiempos complejos.

Porque hemos pasado de una delincuencia rural, básicamente de delitos como el robo y el hurto de bienes de no mucha entidad, con algún atraco sonado, y algunos delitos de sangre, de los llamados «crímenes pasionales», a una delincuencia que opera en un mundo que se ha globalizado y está perfectamente interconectado, una delincuencia que emplea en sus actuaciones criminales unos grados muy altos de violencia, que está meticulosamente organizada y

12. Un análisis de las funciones de investigación de la policía judicial, al hilo del art. 126 CE, en De Llera Suárez-Bárcena, *cit.*, pp. 199 a 336.

abarca todo el planeta, y que aborda grandes operaciones delictivas: fraudes masivos, tráfico de drogas, terrorismo, tráfico de personas, etc., con conexiones en diferentes países y con una estructura financiera sumamente compleja y, por eso mismo, muy difícil de desentrañar y de perseguir.

España necesita poner al día su sistema de justicia, aunque sin duda se ha avanzado; pero hemos pasado de un Estado liberal mínimo (ganar la guerra y repartir el correo) a un Estado social, prestacional, que se sostiene sobre un intervencionismo cada vez mayor en la vida de los ciudadanos. La Administración ha crecido de forma exponencial en el último medio siglo, pasando de menos de 500.000 empleados públicos en 1975 a más de 2.500.000 en 2015 (datos de La Gaceta, elaborados con INE, Anfac, Ministerios de Hacienda e Interior y BME). Como es evidente, las prestaciones sociales requieren contribuciones de todos para hacer frente a los gastos públicos. Los impuestos y la recaudación de las Administraciones Públicas se han incrementado exponencialmente y la deuda pública española ha aumentado del 8% del PIB en 1975 a una cifra que ronda el 100% en la actualidad.

En esta evolución de la mayoría de las estructuras administrativas, que ha llevado a la modernidad al aparato público (se han creado estructuras nuevas, como la gestión sanitaria o la Agencia Tributaria), la Administración de Justicia sigue anclada sin embargo en esquemas y en procedimientos obsoletos e ineficientes. Nos encontramos ante una decimonónica organización de nuestra justicia, con medios escasos y mal distribuidos y unas reglas de procedimiento que, desde luego en materia penal, distan mucho de dar satisfacción a las garantías procesales que exigen los textos internacionales sobre derechos humanos y nuestra propia Constitución.

La situación es especialmente preocupante en la fase de instrucción, durante la imprescindible investigación de los delitos y el control de la acusación. Porque no siempre se corresponde con la realidad que hoy en día la investigación de los delitos sea responsabilidad de los jueces de instrucción, de modo que en el momento en que se tiene conocimiento de la existencia de un hecho delictivo se pone en marcha el sistema de justicia penal, y el juez se hace cargo de todo lo que se hubiera actuado antes, poniéndose al frente de todo lo que se deba hacer; nada más lejos de la realidad.

Hemos creado un juego de sombras chinescas y repetimos que la instrucción de los delitos se hace dentro del sistema judicial cuando la realidad contraria aparece tozudamente si se mira con atención lo que sucede a diario en nuestros Juzgados de Instrucción.

4. Las relaciones entre el instructor y el fiscal

Todos los órganos públicos que intervienen o pueden intervenir durante la instrucción se han de someter al criterio del juez para que sus iniciativas investigadoras se lleguen a concretar y se pongan en práctica. Lo dicho es muy evidente en relación con la policía judicial, porque su dependencia del instructor se reconoce en el propio texto constitucional, pero a este criterio resulta también sometido el representante del Ministerio Fiscal que intervenga en la causa, aun cuando es evidente que el fiscal no está sometido al juez de instrucción ni es subordinado de él.

La posición procesal del Fiscal en nuestro país constituye una verdadera anomalía en el panorama europeo; su papel durante la fase de investigación de los delitos, lejos del protagonismo en las labores investigadoras que se le atribuye en la práctica totalidad de los ordenamientos de nuestro entorno, viene considerado por la ley como un actor secundario[13].

El papel que desempeña es de mera postulación y, salvo el acceso a todas las actuaciones —sin las restricciones del resto de acusadores y de investigados en caso de que se declare el secreto del sumario—, está situado en la misma posición de parte que el resto de los que intervienen en las actuaciones, aunque se trata de una parte necesaria que está presente desde el inicio del procedimiento.

Esta consideración de igualdad se extrae a partir de lo que dispone la ley, aun cuando las relaciones y los vínculos profesionales entre jueces y fiscales desmienten en la práctica diaria la plena equiparación de las diferentes partes en el procedimiento; los fiscales son tratados por los jueces con una especial deferencia respecto al resto de los abogados y, lo que es más importante, dada su proximidad, pueden exponer al juez su punto de vista en privado y cuantas veces considere oportuno, frente al resto de acusaciones y defensas que agotan su posibilidad en una sola comparecencia o en el correspondiente escrito[14].

El sistema procesal que rige en nuestro país está lleno de disfunciones y de contradicciones, no solo debido a que el diseño se hizo definitivamente hace muchos años —en 1882— sino porque se han introducido en nuestra vieja Ley de enjuiciamiento criminal modificaciones puntuales sin tocar el resto de las piezas, lo que ha convertido a nuestro procedimiento penal en una especie de Frankenstein.

---

13. Sobre el tema, Delmás-Marty, *Procesos penales de Europa* (trad. Morenilla Allard), Edijus, Madrid, 2000 y Armenta Deu, *Sistemas procesales penales: la justicia penal entre Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

14. Sobre las diferentes relaciones de las partes con el juez penal, es sumamente relevante la encuesta realizada a los abogados penalistas italianos, en la que muestran, claramente, que no hay una simetría en el trato. Al respecto, Di Federico y Sapignoli, *Proceso penale e diritti della difesa. La testimonianza di 1.000 avvocati penalisti*, Carocci, Roma, 2002, pp. 118 a 133.

La investigación de los delitos se ha encomendado desde siempre al juez de instrucción, con el fiscal presente desde el inicio, e inicialmente al procesado solo se le daban a conocer las actuaciones una vez dictado el auto de procesamiento, normalmente con la instrucción concluida, de manera que permanecía del todo ajeno a lo que el instructor había actuado.

Pues bien, al socaire de las discusiones constitucionales, y para garantizar mejor los derechos de la defensa, la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, con la modificación de un reducido número de artículos de le LECRIM, dio un giro radical en la intervención de las partes durante la instrucción; así, se reconoce a la persona contra la que se dirige la investigación penal el derecho a personarse en el procedimiento desde el primer momento, mostrándose parte en él con designación de abogado defensor, y con el derecho a intervenir en todas las diligencias de instrucción y a postular del juez la práctica de las actuaciones que considere que le son favorables.

Así las cosas, el fiscal pasa a ser formalmente una parte más de las que intervienen durante la instrucción; eso no quita para que el Ministerio Fiscal esté presente en las diligencias que se ordenen y solicite del juez la práctica de concretas actuaciones, porque tiene un completo conocimiento sobre lo que se está actuando y sobre el resultado de las diligencias y, sobre todo, está interesado en el mejor esclarecimiento de los hechos con el fin de decidir si formula la acusación y conocer los elementos probatorios en los que podrá sustentarla.

Ahora bien, el fiscal ocupa una posición con un menor protagonismo que el juez instructor, que tiene en su mano la apertura y el cierre de la instrucción, aceptar o denegar la práctica de las diligencias que se le soliciten y ordenar de oficio aquellas que considere pertinentes, así como adoptar las medidas cautelares. Tal vez por ello, aun cuando el Ministerio Fiscal tiene carácter de órgano público necesario en todo el procedimiento penal, su consideración como una parte más en esta primera fase, ha derivado en una posición de cierta pasividad hasta el momento en que la instrucción judicial se cierra.

Eso no quita para que, en algunos casos —sobre todo en algunas Fiscalías Especiales que tienen adscritas unidades de policía judicial—, los fiscales sean especialmente proactivos, e incluso antes de la apertura del procedimiento penal hayan realizado diligencias de investigación, al amparo de lo dispuesto en el art. 5 de su Estatuto Orgánico[15]. Se trata en todo caso de diligencias preprocesales, con un plazo máximo para practicarlas, de modo que, si de la investigación se evidenciara la existencia de indicios de delito, el fiscal deberá

15. Al respecto habrá que tener presente, al margen de otras Circulares e Instrucciones, la Circular 4/2013, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, *sobre las Diligencias de investigación*.

proceder «a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querella» (art. 5.3 EOMF). Por consiguiente, una vez que se ha abierto el procedimiento penal —cuando se ha «judicializado» en los términos del EOMF— el fiscal que ha dirigido y ordenado esas diligencias de investigación pierde legalmente la iniciativa a favor del juez de instrucción.

Sin que se pueda considerar en modo alguno como un subordinado del instructor —como sucede con la policía por imperativo constitucional—, el Ministerio Fiscal resulta desapoderado de la iniciativa investigadora, de modo que cualquier diligencia que considere oportuna o necesaria para el éxito de la instrucción, la deberá proponer al juez y será éste quien la pueda ordenar si la considera pertinente.

Por lo tanto, a partir de este momento no es válida la aportación por el fiscal de una actuación investigadora realizada por él mismo o bajo su dirección fuera de las diligencias sumariales; si pretendiera incorporarla al procedimiento el juez de instrucción debería rechazar de oficio esta pretensión, sencillamente porque se habría realizado sin cobertura legal.

Y desde luego carece de toda validez una diligencia que pretendiera traer a la causa el Ministerio Fiscal si se trata de una actuación que ha solicitado al instructor y ha sido denegada por éste; cuando, a la vista de esa negativa judicial, el fiscal, en lugar de acudir en apelación al tribunal superior, practica la diligencia, sea por la vía de ordenar una actuación a la policía, sea realizándola por sí mismo —como recibir una declaración testifical—. En tales casos, el resultado de estas diligencias del fiscal debe ser inadmitido de plano por el instructor.

En resumen, desde el momento en que se incoan las Diligencias Previas el juez de instrucción asume la competencia para dirigir la investigación penal como considere conveniente. Esta competencia debe considerarse, además, como excluyente; es decir, que una vez que se abre el procedimiento penal desaparecen las atribuciones de investigación de todos los demás órganos públicos, se trate de la policía judicial o se trate del Ministerio Fiscal.

Hay que ser conscientes de que este no es el mejor sistema posible, sino que hay soluciones mucho más satisfactorias; no parece que dejar un tanto «arrinconado» a quien tiene la responsabilidad de formular la acusación represente el mejor diseño del procedimiento para la investigación de los delitos, ni resulta apropiado obviar iniciativas y actuaciones de quienes tienen a su disposición medios públicos de investigación, como sucede con el Ministerio Fiscal[16].

16. Sobre las verdaderas funciones del Ministerio Público, y otra posible ordenación del proceso penal, son sugerentes las reflexiones de Gómez Colomer, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho. Intento*

Pues bien, aunque estemos de acuerdo en todo esto, aunque consideremos disfuncional nuestro sistema penal y propugnemos que se atribuya a la Fiscalía la responsabilidad de la investigación penal, lo cierto es que, hoy por hoy, nuestra ley no autoriza nada más que al juez de instrucción a dirigir la investigación, y hasta tanto se produzca un cambio legal, la Fiscalía juega un papel secundario durante la fase inicial del procedimiento en la medida en que ha de pasar por el filtro judicial y someterse al criterio del instructor.

5. Las relaciones entre el juez de instrucción y la policía judicial

La dependencia de la policía judicial que ordena la Constitución debe significar dos cosas: en primer término, que desde el momento en que el juez ordena incoar las diligencias previas se le han de trasladar al instructor todos los materiales obtenidos por la policía y todo el conocimiento que ésta hubiera adquirido en las actuaciones policiales previas, lo que supone que la policía no podrá legítimamente retener información o elementos referidos a la investigación que se ha «judicializado»; simplemente se ha de «poner a las órdenes» del juez para cumplir lo que éste le ordene.

En segundo término, la dependencia del juez instructor significa que la autonomía investigadora con que la policía judicial ha podido desarrollar sus investigaciones desde que tiene noticia de la comisión de un delito tiene que cesar con la incoación del procedimiento. A este propósito es irrelevante que las actuaciones judiciales se hubieran incoado porque la propia policía trasladara al juez el resultado de su actuación, por medio de un atestado, o bien porque por otro conducto le hubiera llegado al juez la *notitia criminis* y hubiera ordenado incoar el procedimiento, requiriendo en ese caso a los cuerpos policiales que le remitan el resultado de todas las diligencias que hubieran practicado respecto del hecho delictivo.

Es evidente que a partir del momento en que interviene el juez la fuerza policial que hubiera venido actuando pierde todo título tanto para iniciar una nueva línea de investigación del delito, como para profundizar en las pesquisas ya realizadas en el sentido que considere más conveniente, como incluso para proseguir las actuaciones que estuvieran en curso, salvo que así lo ordenara el instructor. Así pues, no cabe duda de que la policía no podrá actuar al margen del juez («por su cuenta»), porque la incoación del procedimiento penal le ha sustraído su capacidad de actuación autónoma.

---

de hallar el verdadero significado del principio acusatorio y su plasmación objetiva en el proceso penal de una democracia, a la luz del Derecho Comparado, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, 2008.

Por eso, el RD 769/1987 que regula la policía judicial, dispone en el art. 6 que «la Policía Judicial, con la composición y estructuración que en esta norma se determina, desarrollará, bajo la dependencia funcional directa de los jueces y Tribunales y del Ministerio Fiscal, funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, con arreglo a lo dispuesto en la Ley»; y de un modo más específico el art. 10 establece que «en la ejecución de sus cometidos referentes a la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, así como de los previstos en los apartados b) al e) del art. 445 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (hoy, art. 549), las Unidades Orgánicas de Policía judicial y los funcionarios a ellas adscritos dependen funcionalmente de los Jueces, Tribunales o miembros del Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación».

La entrada del juez de instrucción en las investigaciones sobre un concreto delito, generalmente con una resolución que reviste la forma de auto por el que se ordena la incoación de las diligencias, le lleva a asumir de acuerdo con la ley procesal no solo la última palabra en lo que se refiere a las actuaciones del procedimiento —y por lo tanto se hará o no se hará lo que el instructor considere más adecuado—, sino que el juez debe tener la primera palabra, de modo que desde ese momento desaparecen las facultades de iniciativa del resto de los funcionarios que hubieran intervenido, incluidos los miembros de la policía de investigación criminal.

Como es obvio, eso no representa una ruptura del juez investigador con la policía que ha conocido de los hechos. La «irrupción» del instructor en las actuaciones estatales para la persecución de los delitos no impide la comunicación del juez (superior) con los funcionarios de policía (subordinados), sino que esa comunicación debe mantenerse de manera fluida y continuada.

Además, el intercambio de conocimiento y de opiniones debe funcionar en un sentido bidireccional: por un lado, del juez con la policía judicial, debiendo aquél llamar a los funcionarios para que comparezcan a su presencia con el fin de plantear entre ambos, bajo la dirección del juez, unas nuevas líneas de investigación o de profundizar en las investigaciones existentes, para formar el criterio del instructor a la hora de ordenar nuevas diligencias.

Por otro lado, este intercambio se habrá de manifestar también en la otra dirección: desde los funcionarios policiales hacia el juez, solicitando una entrevista o una comparecencia a la presencia judicial, en la que podrán manifestar sus inquietudes sobre los resultados de la investigación o sugerir, indicar o recomendar la práctica de concretas diligencias, proporcionando al juez el oportuno soporte científico de sus propuestas y los objetivos que persigan.

Estas circunstancias rubrican la entera autoridad del instructor en esta fase del procedimiento, pues con entera libertad de criterio podrá acoger o rechazar, total o parcialmente, las iniciativas investigadoras propuestas por la policía de investigación. Ello no quita para que resulte preocupante, tras las reformas procesales de la LO 13/2015, que la Policía Judicial, al amparo de lo dispuesto en el art. 588 bis b) LECRIM, pueda instar directamente diligencias de investigación (interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registro remoto sobre equipos informáticos)[17].

Por lo expuesto, el juez de instrucción no se puede convertir en un mero órgano de convalidación de las actuaciones de otros, sino que su función es ordenar la investigación y todas las diligencias que se vayan a practicar desde el momento en que ha ordenado abrir el procedimiento de instrucción (otra cosa serán las iniciativas que pueda tomar el investigado a su costa para lograr elementos de descargo, que la ley no prohíbe).

Sin embargo, estas relaciones están huérfanas de una regulación específica, tanto en las normas procesales como en las policiales, que sin duda deben ponerse al día, porque eso da lugar a serias disfuncionalidades y disparidades.

6. Del sistema legal a la práctica forense. La actuación autónoma de la policía y el desplazamiento del Juez de Instrucción

No son muy frecuentes los casos en los que el Ministerio Fiscal realiza diligencias de investigación penal con un procedimiento judicial abierto y, menos, cuando éstas han sido rechazadas por el instructor. La verdad es que con esta práctica se romperían las reglas que establece nuestra ley procesal, que quiere encomendar en exclusiva a un órgano judicial independiente la dirección de la investigación. Como se ha dicho, hay otros sistemas, y sin duda son preferibles al español, pero en la actualidad nuestro modelo legal es éste.

---

17. Y no solo incluye la reforma la legitimación policial directa, sino que le autoriza también que practique medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales, aunque luego deban ser ratificadas por el juez (v.gr.,, art. 588 ter d.3 o art. 588 quinquies b), e incluso podrá practicar la detención incomunicada, con privación de la designación de abogado de confianza, no solo en materia de terrorismo, algo que no prevé expresamente la normativa comunitaria que traspone. Sobre las limitaciones del derecho defensa, tras las reformas operadas, *vid.* Colmenero Guerra, «El derecho de defensa en la investigación preliminar de los delitos de terrorismo y otros delitos graves», en *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional* (Galán Muñoz y Mendoza Calderón, Dirs.), Tiran Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 433 a 477.

Así pues, supone una traición al sistema procesal de la LECRIM que, desde el momento en que se inicia esta fase del procedimiento penal, de oficio por el propio juez, o por medio de atestado, de denuncia o de querella, se realicen investigaciones penales paralelas con recursos públicos, porque la ley reconoce al juez de instrucción como el único director de la investigación de los delitos.

Aunque las investigaciones penales del fiscal una vez que se ha abierto la instrucción constituyen cuantitativamente un problema menor, no pasa esto mismo con actuaciones de las Unidades policiales, o de los funcionarios de auxilio, una vez que ha intervenido la autoridad judicial, es decir, una vez que se ha «judicializado» el asunto.

Con cierta frecuencia asistimos al hecho de que en el marco de unas Diligencias Previas la policía tome declaraciones, incluso a investigados; que estos funcionarios administrativos sigan una línea propia de investigación, y que practiquen diligencias que consideren conducentes al descubrimiento de los hechos.

Naturalmente que si estas diligencias han sido ordenadas por la autoridad judicial no cabe reprochar de invalidez a las actuaciones policiales; todo lo más, al juez de instrucción, que hubiera hecho dejación de alguna diligencia sumarial que tendría que celebrarse a su presencia, como la declaración del investigado.

El problema es cuando estas actuaciones se realizan al margen de la autoridad judicial, como si la policía retuviera una competencia para investigar con autonomía y con un total desconocimiento del instructor, al que se informa solo *a posteriori*, poniendo a su disposición el resultado de la investigación policial, como es natural, en el caso de que el resultado haya sido fructífero.

En estas circunstancias, al juez se le abre una grave alternativa: o se ve en la tesitura de declarar la nulidad de lo actuado a sus espaldas, puesto que desde el momento en que se ha incoado el procedimiento penal la unidad policial ha perdido todo margen de autonomía para investigar, o bien convalidar todas las diligencias que hubiera practicado la Policía Judicial o la unidad de auxilio.

Sin duda esta segunda decisión, de convalidar las diligencias practicadas al margen de la ley, especialmente si son de contenido acusatorio, es la más fácil para el juez, la que menos discusiones puede generar y la que seguramente contaría con el aplauso generalizado; porque encontraría a favor, en primer lugar, a la propia policía o unidad de auxilio que pretende incorporar a la causa las actuaciones realizadas sin contar con la orden judicial; en segundo lugar, a las acusaciones que encuentran así material de cargo para sostener su posición acusatoria; en tercer lugar, a los medios de comunicación y a buena parte de la ciudadanía que,

lejos de alinearse en las tesis de las garantías y de la defensa de los derechos de los sospechosos o investigados, suelen colocarse al lado del populismo represor. Es verdad que frente a esta convalidación de lo que la policía hubiera realizado al margen de la ley se alzaría el propio investigado, pero a efectos prácticos eso ya se da por descontado, máxime cuando el resultado de las actuaciones policiales es contrario a su exculpación y abona su responsabilidad.

Sin embargo, la primera posibilidad —rechazar la aportación de actuaciones que pretendiera hacer la policía a un procedimiento penal en curso— resulta extremadamente difícil para el juez. En efecto, excluir de la causa los resultados de la actividad investigadora de la policía, en especial si hubieran logrado avances sustanciales en el esclarecimiento de los hechos, genera para el juez de instrucción el riesgo cierto de ser tachado de venal o de corrupto, porque el rechazo de estos elementos probatorios por el instructor se basaría solamente en que su obtención se ha realizado al margen de las previsiones legales, por desconocerse la superior autoridad del juez.

Parece evidente que con una resolución de este tipo estaría servida la denuncia fácil —bien sea de los medios de comunicación, de las acusaciones o de la propia policía— de que el juez de instrucción está favoreciendo a los criminales, o que está haciendo fracasar el descubrimiento de los hechos delictivos, o que está interfiriendo en las actuaciones exitosas de la policía, o que el juez en realidad está planteando una simple cuestión de mando o de competencia, sin más relevancia práctica que amparar la impunidad de los delitos al reafirmar su superior autoridad.

Sin embargo, esto no es así; no nos encontramos ante una simple cuestión de competencia o de autoridad sino ante un problema de garantías del procedimiento, de funcionamiento del modelo de instrucción en nuestro ordenamiento, que es judicial hoy por hoy, y eso no es una circunstancia que se pueda variar sin modificar la totalidad del engranaje.

El sistema procesal se diseña a partir de un conjunto de elementos y de piezas que han de encajar de una manera armónica y coherente, con delicada perfección, en el modelo global; por eso se establecen ciertos controles en razón del órgano al que atribuye la competencia (como un sistema de recursos), se introducen contrapesos a las potestades otorgadas por la ley (como la solicitud de parte para ordenar medidas limitativas de derechos), y se distribuyen las distintas funciones entre los diferentes sujetos (órganos públicos y particulares) que intervienen en el procedimiento.

En concreto, la investigación pública de los delitos en el procedimiento penal español se instituyó en el siglo XIX, y se mantiene hoy, configurando una ins-

trucción dirigida por un juez, al que se le encomienda la preparación del juicio, el esclarecimiento de los hechos y el aseguramiento de las personas presuntamente responsables y de las responsabilidades derivadas del delito (art. 299 LECRIM). Pues bien, alrededor de esta decisión legislativa se han construido las distintas actuaciones de los sujetos llamados a intervenir en esta fase procesal y se han ido reconociendo las garantías de todos cuantos están implicados en ella.

No es cierto que la autoridad judicial ejerza funciones de supervisión de los funcionarios de policía judicial. De acuerdo con lo que la ley dispone, el instructor no es un simple supervisor de una actividad ajena; el juez de instrucción es el *dominus* de la investigación, y no se limita a controlar, sino que debe ordenar las concretas diligencias que habrán de ejecutar; su responsabilidad no es la de un vigilante o fiscalizador de la actuación ajena, sino la del director a quien están subordinados los funcionarios de la policía judicial, y con el que han de colaborar el resto de las Administraciones Públicas.

Por consiguiente, cuando en la actuación policial se elude la dependencia efectiva del juez de instrucción de los responsables de la investigación penal, de aquellos que componen las distintas unidades de Policía Judicial y de los funcionarios de auxilio se está poniendo «en solfa» nuestro sistema procesal penal. Esta dependencia, dispuesta constitucionalmente en el art. 126, significa que, una vez incoadas las diligencias previas, ha de realizarse un efectivo control judicial sobre la actividad policial; es decir, que el juez tiene que ordenar y la policía tiene que obedecer.

La dependencia inevitablemente supone no ya que el juez tendrá la última palabra sobre lo que pueda y no pueda hacer la policía, sino que la autoridad judicial ha de tener la primera palabra, de modo que su papel no puede ser el de convalidar actuaciones que se han realizado a sus espaldas, sino el de ordenar y disponer toda la actividad investigadora de la policía.

7. La actualidad de la investigación penal: más Administración y menos justicia

Es cierto que los propios jueces recurren con demasiada frecuencia al auxilio policial —seguramente por carecer de medios propios— en labores de índole menor (como cuando el juez pide un informe sobre el contenido de una conversación grabada, que se limita a ser un mero extracto o transcripción de los puntos que el policía considera de interés, pero que lo podría hacer cualquier funcionario judicial o el propio juez). El apoyo que reciben los instructores en

cualquiera de las materias de su competencia les coloca en ocasiones en una posición de cierta debilidad frente a quien dispone de amplios recursos para atender a todas las necesidades o conveniencias.

Es evidente que antes de la incoación del procedimiento penal, para determinar inicialmente si hay o no materia delictiva, los cuerpos policiales y la Agencia Tributaria, que son los que conocen de primera mano los hechos han de tomar la decisión de «judicializar» el asunto; esta decisión no es propia ni del juez ni del fiscal. Como fácilmente se comprende, ese filtro es determinante a la hora de la persecución de los delitos, pues sin denuncia o querella ante la autoridad judicial no habrá proceso penal ni posibilidad de sentencia condenatoria. Éste es un punto clave en lo que respecta a la persecución de infracciones tributarias, como luego veremos.

Pero el problema es que el centro de gravedad en la persecución de la delincuencia ha sufrido un desplazamiento ostensible desde el sistema de justicia penal a una serie de facultades administrativas (atribuidas legalmente u otorgadas y asumidas por la práctica), que se concretan en actuaciones del aparato policial o del aparato inspector que están exentas de control judicial, *de iure* o *de facto*.

En los últimos tiempos nuestro sistema penal se ha visto interpelado por nuevos problemas de delincuencia, por una serie de delitos especialmente graves que han exigido una respuesta más adecuada y eficaz, como sucede con la delincuencia organizada (desde el terrorismo a los tráficos ilícitos, incluyendo la delincuencia económica), así como delitos de violencia sobre la mujer, delitos asociados a las nuevas tecnologías, delitos medioambientales, o delitos contra la Hacienda Pública.

Pues bien, ante este panorama y este reto para nuestra sociedad, la respuesta no ha sido potenciar la justicia penal sino reforzar las facultades de los órganos de investigación penal dependientes del poder ejecutivo. Esta opción provoca un fortalecimiento de los poderes administrativos, que no se sujetan a las garantías propias del proceso penal, de modo que queda en su mano y en su decisión instar la apertura del procedimiento, determinar inicialmente los hechos por los que se proceda y, con frecuencia, marcar el rumbo de las indagaciones[18].

---

18. A ello habría que unir, por otro lado, la inercia política instaurada en la segunda mitad del siglo XX, y acelerada en el siglo XXI, de huir del derecho penal y, con ello, del proceso penal con todas sus garantías, para residenciar una buena parte de los problemas sociales en el ámbito del derecho administrativo sancionador, que no se atiene a las garantías del proceso penal, ni las previstas en la Constitución, ni las previstas en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos.

En la actualidad normalmente no son los jueces quienes dirigen las investigaciones sobre unos hechos que han exigido la apertura de un procedimiento penal, ni siquiera los fiscales, con algunas excepciones en las fiscalías especializadas. Los que establecen las pautas de una investigación abierta, y los que, por su propia iniciativa, realizan las diligencias que consideran más adecuadas, son los funcionarios de los cuerpos policiales, que adquieren el verdadero protagonismo y la responsabilidad de la instrucción penal, y que asumen una verdadera función acusadora, aunque en ocasiones deban pasar por el tamiz del criterio del instructor o del fiscal.

La policía ha adquirido un papel preponderante en la lucha contra la criminalidad. Las unidades policiales especializadas, como son, a título de ejemplo, la UDEF y la UDYCO en el Cuerpo Nacional de Policía[19], la UCO en la Guardia Civil[20], o el Servicio de Vigilancia Aduanera, cuando se trata de perseguir cierta delincuencia (terrorismo, tráfico de drogas, delincuencia económica, delitos informáticos, etc.) han tomado el mando de la actuación del Estado en la persecución de esta criminalidad, con un enorme poder que carece de un adecuado control y contrapeso.

Esto es gravísimo y no parece que vaya a remitir sino a acrecentarse a medida que pasa el tiempo y la vida se tecnifica y se complica cada vez más. Las comunicaciones a través de redes sociales, la irrupción de la inteligencia artificial o la realidad aumentada, y la imposibilidad de conocer el funcionamiento de todas estas innovaciones, implicará sin duda un aumento correlativo de la dependencia de investigadores especializados, con lo que se irá vaciando de contenido progresivamente al poder judicial.

Con posterioridad a la Constitución ha irrumpido en el panorama de la justicia penal un actor que está resultando muy relevante en la tramitación y el desen-

---

19. En el CNP se integra, junto con otras Jefaturas, la Jefatura Central de Información, Investigación y Ciberdelincuencia, de la que dependen varias Comisarías Generales, entre ellas, la de Policía Judicial y la de Policía Científica. La Comisaría General de Policía Judicial se compone de la Unidad Central de Droga y Crimen Organizado (UDYCO), con una Unidad Adscrita a la Fiscalía General del Estado; la Unidad Central de Delincuencia Especializada y Violenta (UDEV), con una Unidad Adscrita a la Audiencia Nacional; la Unidad Central de Inteligencia Criminal (UCIC); la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF), con una Unidad Adscrita a la Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada; la Unidad de Investigación Tecnológica (UIT) y la Unidad Central de Atención a la Familia y Mujer (UFAM). La Comisaría General de Policía Científica se compone de la **Unidad Central de Identificación, la Unidad Central de Criminalística, la Unidad Central de Investigación Científica y Técnica, la Unidad Central de Análisis Científicos y la Unidad Central de Coordinación Operativa.**

20. De la Jefatura de Policía Judicial de la Guardia Civil depende la Unidad Central Operativa (UCO), la Unidad Técnica de Policía Judicial y el Servicio de Criminalística. La UCO se divide en el Departamento de Apoyo Técnico y Operativo; el Departamento de Delincuencia especializada y Drogas; el Departamento de Delincuencia Económica y Tecnológica (con un grupo de Delincuencia Económica, uno de Delitos Telemáticos y uno de Delitos contra la Administración, el GDA), y el Departamento de Delincuencia Organizada, que tiene cierta descentralización. Además, se han creado dos Unidades Adscritas, una a la Fiscalía Antidroga y otra a la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

lace de los procesos penales: la Agencia Española de Administración Tributaria (AEAT), que cuenta con una plantilla de casi 26.000 personas, e interviene en un elevado número de causas no solo proporcionando la ayuda de sus técnicos como peritos en los procedimientos relacionados con tributos, sino en funciones específicas y directas de auxilio judicial. El marco legal en que se desenvuelve su intervención es el que deriva del deber de colaboración de la AEAT con los órganos judiciales (art. 103.1.6 Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, en su redacción dada por la disposición adicional 56 de la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que crea la AEAT); la Agencia ha creado una Unidad de Apoyo a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

En 1982 se creó el Servicio de Vigilancia Aduanera (SVA), que en 1990 se integra en la propia AEAT, y se convierte luego en Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera (DVA) dentro del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales. Hoy es un cuerpo armado y jerarquizado, que realiza actuaciones genuinamente policiales con uso de la fuerza y aparecen como colaboradores específicos de la Policía Judicial en la investigación, persecución y represión de los delitos de contrabando, actuando en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Disp. Ad. 1ª LO 12/1995, de represión del contrabando).

Este complejo entramado administrativo nos da idea de la pujanza que han adquirido los organismos administrativos que tienen que ver con la investigación de los delitos frente a unas estructuras judiciales que no se han modernizado en absoluto y siguen ancladas en los mismos esquemas del siglo XIX. Esta circunstancia hace pensar que es una auténtica quimera la proclamada sumisión al sistema judicial de todos los funcionarios que investigan los delitos, pues son ellos quienes disponen de la estructura, de los recursos y de la capacitación necesarias, aunque en la realidad estos funcionarios no están realmente integrados en el aparato de la justicia penal.

Porque si a estos medios se le unen las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, para conocer en todo momento qué hacemos y dónde estamos cada uno de nosotros, el panorama de la investigación penal y de la persecución de los delitos se puede acercar a cualquiera de las situaciones imaginadas en viejas obras de ficción, desde la novela de Orwell «1984», publicada en 1949, a la película de Steven Spielberg «Minority Report» de 2002, que se basó en un relato de 1956.

Es urgente dotar a los superiores de los policías, a los jueces de instrucción mientras existan y a los fiscales, de los recursos necesarios para abordar una investigación penal de calidad, con estándares acordes con los medios y la tecnología actual y con garantías suficientes para todos cuantos intervienen en ella.

8. La investigación de los delitos contra la Hacienda Pública y la irrupción de la Agencia Tributaria

Para contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, haciendo cumplir el art. 31 de la CE, se puso en marcha la AEAT, que representa una parte todopoderosa de la Administración, que ha ido incrementando sus facultades y ha adquirido hoy un poder casi omnímodo. La conciencia social sobre el deber ciudadano de cumplir las obligaciones tributarias, así como la efectividad de las sanciones y el temor a la persecución por las defraudaciones contra la Hacienda Pública, ha logrado amparar las sucesivas reformas legales que tienden a cerrar cualquier resquicio de elusión fiscal.

Pues bien, el esquema general respecto de la actuación administrativa tendría que ser éste: desde el primer momento en que aparecen indicios de una defraudación tributaria, o se conoce un acto al que se puedan atribuir los elementos necesarios para que encaje en el tipo penal, además de que la defraudación haya sido en cuantía superior a la legalmente establecida (hoy, 120.000 €), se debería pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal para que ésta pusiera en marcha el procedimiento judicial. En ese momento perdería la Administración tributaria sus facultades de investigación, del mismo modo que cuando haya indicios de lesiones, de estafa o de detención ilegal, ceden las investigaciones administrativas (de las fuerzas y cuerpos de seguridad) a favor de la jurisdicción[21].

Sin embargo, este principio general se incumple cuando se trata de un delito fiscal, ya que la Administración tributaria seguirá con la investigación de los hechos presuntamente defraudatorios y serán las autoridades administrativas las que decidirán si judicializan los hechos, cuándo lo van a hacer y cómo lo harán.

La ley general tributaria (LGT) concede prerrogativas o facultades exorbitantes a la Administración, que desfiguran y opacan la función judicial y las potestades de la justicia penal, al punto que puede decirse que las autoridades tributarias se sitúan en una posición de supremacía respecto de la jurisdicción; se le conceden a la Administración facultades que no tiene ni el Ministerio Fiscal en las diligencias preprocesales que puede ordenar, como la adopción de medidas cautelares reales (como el bloqueo y embargo de cuentas), y adopta sin contradicción medidas que el mismo juez de instrucción, que es

21. Sobre las cuestiones problemáticas del procedimiento sancionador tributario y sus conexiones con el derecho penal y procesal penal, Hermosín Álvarez, *Procedimiento sancionador tributario. Cuestiones problemáticas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

un órgano imparcial, tiene que motivar y someter al control de un tribunal superior[22].

Precisamente la Administración tributaria carece de una nota esencial del juez: la imparcialidad. Porque la Administración Tributaria no puede considerarse en absoluto un tercero imparcial en la investigación de los delitos, sino de una parte directamente concernida por el éxito de la persecución penal que ella misma ha iniciado y que está manteniendo.

Al perderse la garantía de la imparcialidad en la investigación de estos delitos, con las competencias que se conceden a la Administración Tributaria se ponen en cuestión las garantías básicas del proceso y el propio modelo procesal de nuestro país, pues la LGT le usurpa al juez instructor sus atribuciones como director de la investigación, al dejarlo relegado al papel de mero controlador o supervisor de lo que hagan los funcionarios y autoridades de la Administración Tributaria.

La Agencia Tributaria es acusación particular y actor civil en el procedimiento penal y, sin embargo, manteniendo esa posición procesal parcial, como una parte más en el procedimiento, tiene reconocida la prerrogativa de investigar a la parte contraria, incluso acordando medidas cautelares para asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse del delito.

No podemos perder de vista que, a diferencia de la posición procesal de la policía judicial, que actúa normalmente en la condición de tercero respecto de los hechos, la Administración Tributaria es una parte acusadora en el proceso; es quien generalmente habrá formado el expediente que desemboca en una denuncia al MF por entender (ella misma y como consecuencia de su propia actuación) que se ha cometido un delito contra la Hacienda Pública y, además, se persona en el procedimiento penal representada por el Abogado del Estado. Así pues, la Administración Tributaria carece por completo de todo atisbo de «ajenidad» y, por ello, de imparcialidad en la investigación del presunto delito por el que se ha abierto el procedimiento penal; es una parte directamente concernida por el éxito de la persecución penal que ella misma ha iniciado y que está manteniendo.

Al perderse la garantía de la imparcialidad en la investigación de estos delitos, debido a las competencias que se conceden a la AEAT, se ponen en cuestión las garantías básicas del proceso y el propio modelo procesal de nuestro país,

22. Sobre esta materia, concretamente respecto de la adopción de medidas cautelares por la Administración Tributaria con la reforma de la LGT de 2012, Moreno Catena, «La dudosa constitucionalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Agencia Tributaria durante el proceso penal», en *La Ley* nº 8331, 2014.

pues la LGT le usurpa al juez instructor sus atribuciones como director de la investigación, al dejarlo relegado al papel de mero controlador o supervisor —si acaso— de lo que hagan los funcionarios y autoridades de la Administración Tributaria.

Con todo, las sucesivas reformas de la LGT, sobre todo las introducidas por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, así como por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, se ha producido una acusada evolución en esta materia, al punto de pasar de lo que disponía el viejo art. 180 a lo que actualmente se previene en el art. 250.

En la redacción originaria (de 2003), el párrafo primero del art. 180.1, dentro de los «principios de la potestad sancionadora en materia tributaria» establecía que «*Si la Administración tributaria estimase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal, previa audiencia al interesado, y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal*.»

La referida norma ha desaparecido del texto vigente de la LGT y dentro del principio de no concurrencia de sanciones tributarias no se hace mención alguna al delito fiscal. En las modificaciones introducidas por la Ley 34/2015 se ha dado una «vuelta de tuerca» a la posición de la Administración Tributaria, siguiendo la senda marcada por la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública mediante la Ley orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, de modificación del CP.

Si bien la EdeM de esta Ley Orgánica 7/2012 reconoce que se «*permite a la Administración Tributaria continuar con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria pese a la pendencia del proceso penal. Con esta reforma se trata de eliminar situaciones de privilegio y situar al presunto delincuente en la misma posición que cualquier otro deudor tributario, y al tiempo se incrementa la eficacia de la actuación de control de la Administración: la sola pendencia del proceso judicial no paraliza la acción de cobro pero podrá paralizarla el Juez siempre que el pago de la deuda se garantice o que el Juez considere que se podrían producir daños de imposible o difícil reparación*.» Hasta aquí la previsión legislativa y hasta aquí llegaba el art. 305 del CP.

Pues bien, la reforma de 2015 ha añadido un nuevo título en la LGT rubricado «Actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda Pública» (arts. 250 y ss.) Aquí, lejos de reconocer el papel preponderante de la jurisdicción en la persecución de los delitos, la ley

bascula a favor de la Administración sin recato, desapoderando a los tribunales del orden penal y al Ministerio Fiscal de toda intervención como no sea tras la previa iniciativa administrativa, utilizando la intervención judicial para sus propios fines recaudatorios.

No es fácil entender la actual redacción de la LGT, pues el art. 250.1 comienza disponiendo que «*Cuando la Administración Tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública, se continuará la tramitación del procedimiento con arreglo a las normas generales que resulten de aplicación, sin perjuicio de que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal*», hasta practicar la liquidación del tributo. Sin embargo, el art. 251.1 establece la regla general contraria, y se dice que «*Cuando la Administración Tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal, absteniéndose de practicar la liquidación*» cuando se corra el riesgo de prescripción, cuando no pueda determinarse el responsable o cuando la liquidación pudiera perjudicar la investigación de la defraudación.

Y con independencia de todo ello, es la Administración la que aprecia si se produce o no la regularización tributaria, que opera como una exención de responsabilidad penal, por la que se permite evitar la pena a quien, en principio, aparece como defraudador, de modo que si el obligado tributario ha regularizado la Administración no pasará el tanto de culpa ni remitirá el expediente al fiscal (art. 252 LGT).

Finalmente se exige (art. 95.3 párrafo tercero LGT) que «*cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, la Administración tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito*.» Se trata, de nuevo, de una facultad de «diseccionar» las conductas que pudieran ser constitutivas de delito y, a criterio de la Administración Tributaria, si se aprecia que pudiera haber algún hecho delictivo ajeno al delito fiscal, sea de falsedad, estafa, administración desleal, o cualquier otra conducta punible, podrá retener la investigación del delito fiscal al amparo de lo dispuesto en el art. 250.1, e instará la actuación de la jurisdicción penal circunscrita solamente a aquella conducta.

Parece evidente que la relación entre la Administración Tributaria y la justicia penal han cambiado desde 2012 a la actualidad, pues se confieren a aquélla unas facultades de investigación de los delitos contra la Hacienda Pública y unas decisiones en la persecución de estos hechos que con anterioridad estaban exclusivamente encomendadas a los tribunales del orden penal.

La Administración Tributaria (en corto, la AEAT) asume el protagonismo absoluto sobre esta persecución; decide cuándo hay delito y sobre qué hechos sigue actuando. Como se dice en la Memoria de la AEAT de 2017, «las actuaciones de comprobación que desarrolla la Agencia Tributaria a través del procedimiento de inspección pueden poner de manifiesto hechos susceptibles de ser constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública. En tal caso, una vez ultimada la actuación de la Agencia Tributaria, da lugar a la elaboración de un informe detallado por el actuario y a la presentación de las correspondientes denuncias y querellas.»

El *dominus* de la investigación, y sanción, de los delitos contra la Hacienda Pública ha dejado de ser el juez penal y se ha encomendado acríticamente ese papel a la Administración, con medidas contra el fraude cada vez más duras y exigentes, que estructuralmente no resultan respetuosas con los derechos de los obligados tributarios, que se enfrentan en ocasiones incrédulos y en otras aterrados ante la pretendida «disuasión» de medidas que se revisten de medios neutrales para mejorar la obediencia a las normas de contribuir equitativamente al sostenimiento de las cargas públicas[23].

Esta circunstancia ha derivado, contrariamente a lo que pudiera parecer, en una disminución notable de los procedimientos penales por delitos contra la Hacienda Pública, pues mientras en 2011 se remitieron a la Fiscalía más de 1000 expedientes, en el año 2017 la AEAT solo remitió 225 según la Memoria de 2017 de la propia AEAT, y este descenso tan acusado no puede ampararse en la crisis, el «cambio de cultura fiscal» o la eficacia de las medidas antifraude, sino que posiblemente responda a la discrecionalidad administrativa a la hora de calificar unos hechos como delictivos cuando el obligado haya procedido a regularizar la deuda tributaria.

Es obvio que la condición de normas en blanco de los delitos fiscales requiere que se concrete en cada caso la norma tributaria infringida, así como la cantidad defraudada, porque son las normas tributarias las que delimitan el presupuesto (existencia de obligación de tributaria) que condiciona la apreciación del delito fiscal.

---

23. Y ello que no entramos en los problemas relativos a la forma de conseguir las fuentes de prueba a utilizar en el proceso penal (y en los mismos procedimientos tributarios administrativos, sean o no sancionadores). A este propósito, cfr. Trigueros Martín, «El traslado a los procesos punitivos de los datos obtenidos bajo coacción en el curso de un procedimiento inspector» (pp. 715 a 739) y Martín Rodríguez, «El derecho a no autoinculparse y la comunicación de datos entre los procedimientos tributarios de comprobación y el ámbito sancionador y penal» (pp. 741 a 767), ambos en *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios* (Colomer Hernández, Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017. En la misma línea, Hermosín Álvarez, «Los derechos de defensa y el deber de colaboración con la Administración tributaria», en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 66 (2018), pp. 219 a 248.

La complejidad de unas normas tributarias cambiantes ha creado un entramado normativo casi incomprensible para el ciudadano medio; cada día que pasa se aprueba una nueva modificación que hace más difícil estar seguro de que se está cumpliendo jurídicamente con todas las obligaciones fiscales.

El protagonismo absoluto de la Administración Tributaria en la defensa de la protección de los recursos públicos como consecuencia de la recaudación de tributos, la lucha contra el fraude fiscal ha proporcionado un poder casi omnímodo a este órgano administrativo cuyas actuaciones ampara la ley, de modo que el legítimo y necesario fin de la recaudación allana todos los medios que se pretendan utilizar, sin reparar en muchos casos en la defensa de las garantías de los contribuyentes.

Sin dejar de reconocer que la Administración defiende sin duda intereses públicos, lo cierto es que las garantías que se protegen en la actividad administrativa en el ámbito tributario están muy lejos de las garantías que se respetan en el proceso penal, con lo que se produce una evidente pérdida de salvaguardas en el procedimiento tributario frente a la actuación del Ministerio Fiscal o de los órganos de la jurisdicción penal. En definitiva, que, de haberse producido una defraudación tributaria, el contribuyente estaría más seguro, más protegido, ante un juez que ante la Administración y seguramente sería más conveniente para él lograr un inmediato traslado de todas las actuaciones a la jurisdicción penal.

Las garantías que rodean la actividad judicial son mucho más exigentes que las que se imponen a la Administración Tributaria, lo que tiene una explicación razonable cuando los fines y las diligencias que se realizan en la instrucción penal y las ordenadas administrativamente son realmente idénticas, el esclarecimiento de unos hechos con relevancia infractora, por más que a estas se les denomine de comprobación o inspección.

Cuando las actuaciones se encaminan a una sanción deben desarrollarse con garantías similares a las que rodean los procedimientos administrativos sancionadores y estos, a su vez, respetar en la medida de lo posible los derechos fundamentales del debido proceso, entre los que se encuentran el derecho de defensa, el derecho a no autoincriminarse y el derecho a no declarar (art. 24 CE).

En el marco del procedimiento tributario se produce una relajación de las garantías constitucionales y un paralelo endurecimiento de la posición de la Administración, con la correlativa merma de las garantías del contribuyente.

Aun cuando se sostiene enfáticamente la primacía de la jurisdicción penal, como se hace en la EdeM de la Ley 34/2015, de reforma de la LGT, en verdad

esta primacía es solamente formal. No parece muy discutible que la protección de los derechos fundamentales tiene una reserva constitucional a favor de la jurisdicción, de modo que las amenazas, las injerencias o las violaciones de estos derechos han de encontrar en los tribunales el oportuno amparo.

Y seguramente, de lo que se lleva dicho, eso no es lo que sucede en la práctica. Y seguramente la actual solución no resulte enteramente respetuosa con el derecho a un proceso con todas las garantías y con la exclusividad de la jurisdicción.

2 | El Ministerio Fiscal al servicio de la justicia

José Martín Ostos
Catedrático de Derecho procesal
Universidad de Sevilla

I. Introducción

Es conocida la dificultad para definir pacíficamente la institución del Ministerio Fiscal (también, llamado Ministerio Público en muchos ordenamientos jurídicos), tanto por lo que se refiere a su concepción doctrinal como a su regulación legal y ubicación institucional.

Al mismo tiempo, a pesar de su juventud histórica en comparación con la judicatura, en las últimas décadas destaca su notable protagonismo jurídico y la creciente atención científica recibida. Se suele coincidir en la afirmación de que constituye una figura bastante compleja, ambigua e indeterminada, con la consiguiente presencia de posiciones enfrentadas.

Admitido su nacimiento al servicio del monarca y de sus intereses, posteriormente, tras la división de poderes liberal, experimenta una cierta transformación llegando a convertir su anterior dependencia directa en un órgano de enlace o comunicación entre el Gobierno y la Administración de Justicia. Dicha aproximación o vinculación con el Poder ejecutivo, posiblemente persiguiera (incluso, de modo inconsciente, en principio) su utilización como instrumento estratégico para el control político de la Justicia.

Conforme transcurren los años, de modo paralelo y sucesivo se le van atribuyendo funciones. El fiscal se encarga de la defensa de los más vulnerables socialmente, ejerce la acción penal, vela por la regularidad del procedimiento y por la independencia de los tribunales; en suma, se convierte en el celoso vigilante de la legalidad. En consecuencia, dentro de tal proceso expansivo, no resulta extraña la actual pretensión de atribuirle la investigación del proceso penal. ¿Quién mejor?, podría afirmarse.

II. El fiscal y la investigación penal

En la actualidad, un clamor casi generalizado reclama la encomienda de la investigación penal a los miembros del Ministerio Fiscal, en detrimento del juez que venía desempeñando esta función en numerosos ordenamientos jurídicos, incluido el español. La cuestión es delicada y, aun de modo sucinto, obliga al comentario de determinados aspectos.

1. Argumentos de diverso tipo

Son numerosas las razones alegadas para atribuir al fiscal la investigación del proceso penal. Por lo que se refiere a España (con la consiguiente influencia en los países iberoamericanos), las principales esgrimidas por la doctrina y por la jurisprudencia insisten en lo siguiente: sistema acusatorio pleno (en sustitución del sistema mixto, contra una instrucción inquisitiva y secreta, al mismo tiempo que cada vez más se valora la importancia del juicio oral), proceso penal (adquirirá rapidez y eficacia, simplificándose; el juez estará dedicado a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, alejado de la selección de los hechos relevantes, pues su valoración inicial corresponde al fiscal, con el que se relaciona el principio de oportunidad; sería una instrucción uniforme y coherente, sin fragmentaciones o actuaciones diversas, eliminando muchos problemas actuales, con un Juez de Garantías para velar por los derechos y libertades fundamentales), exigencia constitucional (arts. 117. 3 y 4, y 124.1), referencias legales (expresamente la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores), naturaleza del propio Ministerio Fiscal (que, en su función, debe ceñirse al principio de legalidad, adornado por la imparcialidad, por lo que no cabe sospechar de su incumplimiento; además, en España no monopoliza la acción penal), apoyo doctrinal y jurisprudencial (prestado por autores prestigiosos y de diversas escuelas e ideología, así como por resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo), exigencia de la modernidad (con acercamiento a nuestro ámbito cultural y geográfico, siguiendo los pasos de Alemania, Italia y Portugal, en un recorrido aconsejado por el Consejo de Europa) y política criminal (el Gobierno propone al Fiscal General del Estado, por lo que el Ministerio Fiscal debe colaborar).

En todo caso se aboga por un incremento de los medios humanos y materiales, reconociéndose sin paliativos que la actual estructura resultaría absolutamente insuficiente para recibir el encargo de una función tan importante como la apuntada.

Por su parte, más reducidos en número, pero tampoco carentes de fundamento, son los argumentos que se exponen frente a la investigación penal por parte del fiscal. El principal lo constituye el hecho de su pertenencia a un cuer-

po único y jerarquizado, lo que implica una clara dependencia orgánica externa e interna. Es la columna vertebral del pronunciamiento a favor de la continuidad de la instrucción penal por parte de la autoridad judicial. Se alude al posible riesgo de control político de la instrucción en determinados comportamientos delictivos de carácter público (a favor, en el supuesto de personas próximas; en contra, tratándose de rivales).

Se recuerda que el Fiscal General del Estado es nombrado a propuesta del Gobierno, además de manifestar la preocupación ante la posibilidad de que el fiscal puede infringir en su actuación el principio de legalidad, en contraste con la reconocida y plena independencia de las actuaciones judiciales. El recelo aumenta ante la posibilidad de que se aproveche la reforma de la instrucción penal para concederle al Ministerio Fiscal el monopolio en el ejercicio de la acción penal, tal como se ha regulado en algunos ordenamientos jurídicos.

No falta quien se pregunta ¿por qué no mejorar el modelo de juez instructor (también con el correspondiente incremento de medios)? En este sentido, se trae a colación el negativo balance obtenido en algunos países que han reformado su ordenamiento procesal conforme a lo apuntado.

2. Evolución histórica

En España, salvo la escueta referencia de la Ley de 11 de febrero de 1881 (Gaceta de Madrid, 24 de junio de 1882) a los Promotores fiscales como jueces de instrucción (que no tuvo virtualidad práctica), esa función se encomendó durante más de un siglo al juez.

Como hito histórico, hemos de citar el Congreso Nacional de Justicia Democrática (enero de 1977) que claramente se pronunció a favor del fiscal instructor.

Más tarde, concretamente en 1988, resultó fallido el intento de introducir el fiscal instructor en el procedimiento abreviado, aunque sí se aumentaron sus competencias.

Pero, fue en 1992 cuando en la jurisdicción de menores se produjo un profundo cambio; desde entonces, de modo ininterrumpido, el fiscal se encarga de la instrucción en dicha jurisdicción especializada. Posiblemente, esta novedad deba su existencia a la truncada iniciativa legal del procedimiento abreviado.

Sobre esos años, se percibe en España un movimiento favorable a concederle al Ministerio Fiscal la investigación en el proceso penal de adultos. Se observa, desde 1986, en las Circulares de la Fiscalía General del Estado; también lo ha-

cen los distintos textos proponiendo reformas necesarias en el ámbito penal (Libro Blanco del Ministerio Fiscal, Libro Blanco de la Justicia, entre otros), anteproyectos legales (Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, de la Ley del Tribunal de Jurado de 1995, de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011) y Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, etcétera.

Por lo que respecta al ámbito internacional, especialmente tras las reformas producidas en las legislaciones procesales de Alemania, Italia y Portugal, también se observa una tendencia hacia el mayor protagonismo del Ministerio Fiscal, de modo paralelo a la exigencia de implantación del sistema acusatorio puro. En efecto, se observa un mayor protagonismo del Ministerio Fiscal en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, Tribunal Penal Internacional, Orden Europea de Investigación Penal, Fiscal Europeo, etcétera.

Su repercusión es evidente en las reformas procesales de numerosos países, especialmente en el continente americano, al que pueden seguir África y Asia. Con frecuencia se reproduce el mismo modelo, que se caracteriza, además de por el establecimiento del fiscal investigador, por el monopolio que el mismo detenta de la acción penal y por la absoluta ausencia de independencia.

3. La doctrina científica

Resulta evidente la influencia que miembros de nuestra universidad, fiscalía y magistratura ha representado en la evolución legislativa de la cuestión planteada. En general, puede afirmarse que la mayor parte se ha decantado por la conveniencia de la figura del fiscal investigador.

Sin ánimo exhaustivo, podemos citar a Asencio Mellado, Calvo Sánchez, Flores Prada, Gimeno Sendra, González-Cuéllar Serrano, Martín-Granizo, Moreno Catena, Rodríguez Ramos y Vives Antón.

Por el contrario, otro sector, entre los que podemos destacar a Ándrés Ibáñez, De la Oliva Santos, Gómez de Liaño, Ramos Méndez y Vázquez Sotelo, ha manifestado sus preferencias por la continuación del juez instructor, con las debidas mejoras.

Incluso, podemos mencionar un tercer grupo que admite la figura del fiscal encargado de la investigación siempre que previamente se satisfagan determinados requisitos, como Fairén Guillén, Montero Aroca y Ortells Ramos.

Obviamente, no cabe encorsetar a los diferentes autores en posiciones inamovibles, pues, incluso, algunos (referidos o no en la escueta relación) han experimentado algún titubeo en sus pronunciamientos iniciales, cuando no un brusco cambio en los posteriores.

4. Las fuerzas políticas españolas

Si la doctrina científica ha influido en la evolución legislativa de la problemática aquí planteada, tampoco ha sido ajena a las actitudes mantenidas por las diferentes organizaciones políticas.

En los comienzos del debate en torno al fiscal instructor, se percibía cierta alineación de los sectores políticos de izquierda con una necesaria reforma en ese sentido, frente a la posición de las fuerzas de derecha que se declaraban más partidarias de mantener el tradicional modelo judicial. Al respecto, resultan interesantes tanto los debates parlamentarios para la aprobación de la Constitución de 1978 como en relación con el vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, en los últimos años no se observan grandes diferencias, hasta el extremo de que puede afirmarse que, en general, los principales partidos políticos españoles se decantan a favor del fiscal investigador, eso sí, con la presencia de un Juez de Garantías, siguiendo el camino de los países occidentales. Insisten en la necesidad de que el juez se limite a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, junto con la necesidad del incremento de medios, la desconcentración de Fiscalías, etcétera.

No obstante, hay que reconocer la ausencia de estudios solventes sobre esta materia. En concreto, falta un minucioso examen del contenido de los programas electorales de las diferentes formaciones políticas a lo largo de las últimas cuatro décadas; tal vez, se obtendrían sorprendentes conclusiones.

5. Cuestiones fundamentales

Ante la situación descrita y la importancia que por días experimenta esta etapa del proceso, debemos traer a colación algunos aspectos de interés, con las limitaciones propias del presente trabajo.

En primer lugar, destacamos la naturaleza procesal de la etapa de la instrucción penal. Aunque el juicio oral constituye el momento crucial del proceso penal, no hay que desconocer el carácter preparatorio que la instrucción tiene respecto de aquél. La transformación histórica producida en el seno de este proceso es evidente: de una originaria impartición de justicia, primitiva (todavía perceptible en numerosas comunidades humanas), en la que el proceso se limitaba a la presentación de alegaciones, práctica de pruebas y dictado de la resolución definitiva en una sesión concentrada, siempre en presencia del órgano juzgador, se ha evolucionado hacia un modelo en el que la preparación

del juicio oral ha adquirido una notable importancia. Hoy día la investigación del delito y las posibles medidas a adoptar en el curso de la instrucción han experimentado un gran reconocimiento, dada las posibles consecuencias que pueden producir de cara a la solución de la controversia.

Igualmente, llamamos la atención sobre el objetivo a perseguir en el curso de la justicia penal, que no puede ser otro sino alcanzar una resolución lo más ajustada posible a la verdad de los hechos. Naturalmente, con el debido respeto a los derechos y libertades fundamentales, *conditio sine qua non* para un proceso garantista, no cabe la admisión consciente de la persecución de la verdad formal en detrimento de la real. Todo método científico ha de aspirar a la búsqueda de la verdad, sin alternativas torticeras y erróneas, máxime cuando lo que se encuentra en juego es la presunción de inocencia de una persona.

Lo expuesto se encuentra en estrecha relación con el monopolio o no de la acción penal. Mientras más personas puedan ejercitarla, aumentan las posibilidades de eficacia del proceso como instrumento para resolver controversias. Nuestras tradicionales figuras de la acusación particular y de la acusación popular coadyuvan en gran manera a los objetivos descritos, sin entrañar incompatibilidad alguna con la presencia de un representante del Ministerio Público. Es decir, la eficacia de la instrucción, tendente a facilitar la celebración del juicio, resulta beneficiada con la admisión de diversos actores, sin tener que depositar de modo exclusivo la acción penal en una persona.

Otro tema interesante lo constituye la conveniente presencia de un juez que vele por los derechos y libertades fundamentales de las partes durante la instrucción. La persona investigada, la víctima del delito, junto con el responsable y el perjudicado civil necesitan, además de su correspondiente abogado, la presencia de un miembro del Poder judicial (en la actualidad, se va consolidando la expresión *Juez de Garantías*) celoso vigilante, junto con el fiscal y el fedatario judicial, de que el procedimiento se desarrolle conforme a derecho.

Por último, suele aludirse a la política criminal para justificar la injerencia del Gobierno en la Administración de Justicia, concretamente en la vinculación con el Ministerio Fiscal. En efecto, aquél es el encargado de prevenir y combatir el delito, disponiendo los medios y las medidas oportunas, pero no interfiriendo en la actividad de los fiscales, que deben actuar con sometimiento exclusivo a la legalidad. La política gubernamental en materia criminal tenderá al bien común, en defensa de la sociedad (como sucede con la política agrícola o con la industrial), pero sin la menor sombra de sospecha sobre una hipotética intervención en el proceso penal. Ahí termina su ámbito.

6. El instructor debido

Aunque lo fundamental es la función, no el órgano, la importancia constitucional del responsable de la investigación (no se olvide su papel en orden a la tutela judicial efectiva en el sensible terreno de la justicia criminal) exige que quien se encargue de aquélla esté revestido de unas determinadas garantías.

En primer lugar, hemos de referirnos a su estatuto profesional. El funcionario en cuestión deberá ser seleccionado a través de un procedimiento público, objetivo y transparente. Por tanto, un tribunal formado por reconocidos juristas, expertos e imparciales habrá de comprobar la acreditada formación jurídica de cada uno de los candidatos a ingresar en el correspondiente cuerpo oficial.

Una vez superadas las pruebas teóricas y el curso de aprendizaje práctico, tras la toma de posesión, gozará de todos los derechos y obligaciones propios de su nueva condición, que coincidirán en líneas generales con los propios del personal judicial (inamovilidad, inmunidad, incompatibilidades, etcétera).

Por lo que se refiere a su actividad investigadora, deberá someterse exclusivamente a la ley, sin interferencia ni injerencia de cualquier poder, órgano o autoridad, sea pública o privada. Es decir, para ejercer su delicada función de modo imparcial y libre, debe gozar de una completa independencia.

En resumen, no existe razón que justifique una diferente regulación legal para el instructor y para el juzgador. Aunque con diferentes roles, ambos funcionarios de la Administración de Justicia desempeñan responsables y concatenadas tareas en el curso del proceso penal.

III. La necesaria independencia del fiscal

Enlazamos ahora con la última exigencia expuesta. Si al Ministerio Fiscal se le encomienda la investigación del proceso penal, como desde diversos ámbitos jurídicos y políticos se reclama, estimamos que debe gozar de una completa independencia. Admitir lo contrario constituiría un sinsentido, pues significaría que la meritoria independencia pregonada para el personal juzgador no la consideramos aplicable a los miembros encargados de la investigación, en el mismo proceso penal.

A nuestro juicio, conceder dicha cualidad a los fiscales resulta imprescindible para evitar la injerencia política en la instrucción penal, en el supuesto de que, como parece previsible, más pronto que tarde se les atribuya dicha función.

En su lugar, a modo de subterfugios, se acostumbra a hablar de «autonomía funcional» y «operativa». Pero, no caben términos medios; se reconoce la independencia del Ministerio Fiscal con todas sus consecuencias (es decir, externa e interna), o se rechaza. La externa («autonomía», según algunos) se va aceptando paulatinamente; no sucede igual con la interna, sobre la que se continúa teniendo bastante recelo.

¿Por qué exigir una estructura jerarquizada? Más trascendencia tiene la labor enjuiciadora y nadie cuestiona la independencia de los miembros del Poder judicial.

Somos conscientes de que la concesión de plena independencia al Ministerio Fiscal exigiría una reforma de la Constitución y del EOMF, que con nitidez prescriben lo contrario.

En nuestro país, durante muchos años no se planteó esa necesidad. La primera iniciativa se produjo en la Segunda República Española. En efecto, la Constitución de 1931 estableció que el Ministerio Fiscal «constituirá un solo Cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia» (artículo 104.2). Hay que recordar que el mismo texto fundamental disponía: «Por Administración de Justicia se entiende el conjunto de todas las jurisdicciones existentes» (artículo 95).

Por su parte, la Asamblea Judicial y Fiscal, en junio del mismo año, aprobó que el Ministerio Fiscal debía gozar de plena independencia, la misma que el Poder judicial, sin distingos (Base 5ª).

Más próximo en el tiempo, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 establece: «Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados» (artículo 7).

Sin embargo, basta con asomarse a los últimos textos sobre justicia penal dados a la luz pública por los dos principales partidos gobernantes (PSOE y PP), así como a las opiniones de la mayor parte de la doctrina científica, para comprobar que no se muestran partidarios de una absoluta independencia.

IV. Ubicación Institucional

Admitida la conveniencia de que un fiscal independiente se encargue de la instrucción penal, consecuentemente hay que plantearse la debida incardinación del Ministerio Público dentro del actual Estado de Derecho.

Hoy día existe una general coincidencia en la afirmación de que ese modelo democrático de organización social requiere la correspondiente división de poderes. En consecuencia, caben tres posibles soluciones dentro de un debate que comienza a ser clásico, todas ellas tendentes a una acertada clarificación institucional:

1. Ministerio Fiscal y Poder legislativo

Como el Parlamento representa la voluntad de toda la nación, parece razonable y coherente que el Ministerio Fiscal, encargado precisamente de velar por la legalidad, dependa directamente del mismo. Esto es, se aproximaría al Poder que es la fuente de la ley a la que debe servir.

A juicio de los partidarios de dicha propuesta (por todos, Manuel Marchena Gómez), el Poder legislativo debería elegir (y cesar), por mayoría cualificada, directamente al Fiscal General del Estado. La coincidencia del mandato de la máxima autoridad del Ministerio Fiscal con cada legislatura, unida al carácter jerarquizado de éste, fortalecería en un efecto de cascada la legitimidad democrática de todos sus miembros a partir de su cabeza rectora.

Por su parte, José Aparicio Calvo Rubio insiste en la concepción constitucional autónoma del Ministerio Fiscal, proponiendo su inclusión en el Título Preliminar de nuestra Carta Magna (artículo 9, principio de legalidad).

Una alternativa más desarrollada (Luís María Díez-Picazo) configura el Ministerio Fiscal como una especie de Agencia independiente, no inserta en la estructura administrativa ordinaria. Es decir, el Gobierno no le dirigiría instrucciones, ni revisaría sus decisiones, ya que no estaría subordinada a éste. La Agencia se limitaría a aplicar con autonomía la política diseñada por el Poder legislativo, por lo que a las Cámaras correspondería el control sobre ella.

La principal objeción radica en la dificultad de llevar a cabo un efectivo control parlamentario sobre la Agencia. El modelo, de inspiración norteamericana, no resuelve la problemática de fondo relativa a la plena independencia del órgano encargado de la instrucción penal. Además, nos preguntamos ¿por qué no seguir también el mismo sistema directo para la elección de los magistrados

del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, así como de otros altos cargos del Estado, como son los ministros?

2. Ministerio Fiscal y Poder ejecutivo

Es la posición tradicionalmente consagrada en nuestro ordenamiento jurídico y defendida de forma mayoritaria por la doctrina o, al menos, tácitamente aceptada.

Desde finales del siglo diecinueve, el Ministerio Fiscal ha sido concebido como órgano de comunicación entre el Gobierno y la Administración de Justicia, hasta el punto de que, como hemos dicho con anterioridad, ha podido significar un deseo por parte del Poder ejecutivo de controlar en cierta manera la Justicia.

En la actualidad no se defiende expresamente que la Fiscalía deba ser dependiente del Ejecutivo, aunque sí que esté vinculada. Una serie de hechos abundan en esa especial relación (el Gobierno propone el nombramiento del Fiscal General del Estado; éste le eleva anualmente una Memoria; del Gobierno depende en materia de presupuestos; también se encuentra inserto en la estructura gubernamental el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, en el que los fiscales realizan sus cursos, tanto de formación tras la aprobación de la oposición, como los posteriores de perfeccionamiento).

El argumento que se suele utilizar para justificar la relación con el Gobierno incide en que éste, que representa al pueblo español, debe desarrollar la política criminal. Remitimos a lo expuesto más arriba al comentar este aspecto.

En la historia del mundo, la presencia de los Gobiernos en la Fiscalía se ha manifestado de forma extrema en los regímenes totalitarios. Es conocida la regulación legal de la Alemania nacionalsocialista, así como la de los regímenes comunistas con la *Prokuratura* (que, tras la caída del llamado Muro de Berlín, en la actualidad se mantiene en China, Cuba, etcétera).

En cuanto a las diferentes fuerzas políticas españolas, en términos generales, las organizaciones de centro-derecha se pronuncian por la vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder ejecutivo, mientras que las de centro-izquierda matizan dicha dependencia con cierta intención de autonomía. No obstante, estas posiciones no quedan claramente delimitadas.

El planteamiento general que suele hacerse es el siguiente: en un sistema basado en la participación en el poder por medio de los partidos políticos, los que ganan las elecciones controlan los principales mecanismos de poder. La volun-

tad soberana del pueblo así lo ha expresado, a través de los correspondientes comicios. El razonamiento resulta lógico si se parte de la no independencia del Ministerio Fiscal.

El riesgo que se corre, lógicamente, es la conversión del Ministerio Público en una Fiscalía del Gobierno, no del Estado.

3. Ministerio Fiscal y Poder judicial

El cuerpo que agrupa a los fiscales es conocido también como Ministerio Público, dada la condición de funcionarios que ostentan sus miembros, cuya principal función en el proceso penal consiste en el ejercicio de la acción pública.

Pues bien, como se ha dicho con anterioridad, si al fiscal se le atribuyera en el futuro y de forma general la investigación penal, resultaría ineludible, además de su independencia, que dicha función fuera desarrollada como componente del Poder judicial. Ello exigiría bien formar parte del mismo escalafón que los jueces (compartiendo derechos y obligaciones, salvo los específicos de cada función), o bien que hubiera dos escalafones distintos (una magistratura postulante y otra decisoria), dado que ambas tareas se completarían entre sí. A mayor abundamiento, téngase presente que el fiscal debe velar por la independencia de Jueces y Tribunales.

En ambos casos se trata de funcionarios públicos que no necesitan una legitimación política. En la vigente Constitución, los dos están contemplados en el Título VI (Del Poder Judicial) y no en el Título IV (Del Gobierno y de la Administración). Además, el vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece enigmáticamente que está integrado con «autonomía funcional en el Poder Judicial» (artículo 2º.1).

Con la adscripción sugerida, siguiendo los pasos de Italia y Portugal, se evitaría la politización e injerencia del Poder ejecutivo en la Administración de Justicia, especialmente en los supuestos de delincuencia gubernamental.

Ya en España, en diversas ocasiones a mediados del siglo diecinueve (1837, 1842 y 1850), se planteó la conveniencia de que el Ministerio Fiscal formara parte integrante de los Tribunales, como una magistratura especial.

Pero, la propuesta más clara se produjo durante la Segunda República. Así, con motivo de la Asamblea Judicial y Fiscal (junio de 1931), expresamente se acordó que el Ministerio Fiscal era parte integrante del Poder Judicial. También, Rafael de Pina, en ese período histórico Catedrático de Derecho Procesal en la

Universidad de Sevilla, sostuvo que el mencionado Ministerio era una pieza imprescindible en la organización judicial. Tampoco podemos olvidar al Ministro Albornoz quien, en 1932, en un anteproyecto de ley favoreció el tratamiento unitario de jueces y fiscales (en materias de ascensos, traslados, suspensión…).

Años más tarde, en el Congreso Nacional de Justicia Democrática de 1977, en el punto 14 de la Primera ponencia se aprobó: «Son miembros del Poder Judicial los jueces y magistrados, los fiscales y los secretarios». A pesar del tiempo transcurrido, esas palabras no han perdido vigencia.

V. Recapitulación

La Constitución Española propugna como valor superior del ordenamiento jurídico la justicia (artículo 1º.1). Desde su promulgación, se han aprobado importantes textos legales que afectan a la Administración de Justicia, quedando pendiente la reforma de nuestro proceso penal.

Ha llegado el momento de integrar en el mismo poder estatal a todos los funcionarios de dicha Administración (jueces, fiscales y fedatarios judiciales). La solución que proponemos incluye, pues, la incardinación del Ministerio Fiscal en el Poder judicial, que por su propia naturaleza goza de plena independencia. De este modo, aquél podría encargarse perfectamente de la investigación penal.

Naturalmente, como la Constitución y el Estatuto Orgánico no le atribuyen funciones jurisdiccionales (ni debe modificarse dicha situación), cualquier nuevo planteamiento institucional exigiría las oportunas reformas legislativas. Estimamos que la exigible separación de los poderes del Estado de Derecho —en su actual concepción de social y democrático—, así como el sometimiento a la ley, abogan en favor de esta propuesta, por lo que el fiscal debe abandonar cualquier atisbo de dependencia del Poder ejecutivo.

Igual que en un momento histórico se superó el modelo de justicia dependiente del monarca, con la consiguiente división de poderes, hay ahora que dar otro paso adelante. Los nuevos tiempos exigen el diseño de una justicia penal con garantías, sin repetir fórmulas viejas e inútiles. En consecuencia, las instituciones deben evolucionar adaptándose a las nuevas necesidades, pues también en la justicia la democracia es todavía una tarea inacabada.

3 | ¡Giudicare, non punire!*

Juan Damián Moreno
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

1. ¿Qué función desempeña el proceso penal en el conjunto de las instituciones del Estado?

El derecho penal está constituido por el conjunto de normas que vienen configuradas como límites en relación con las posibilidades de actuación que tienen los sujetos en una determinada sociedad; desde este punto de vista, las conductas tipificadas en el *código penal* vienen establecidas con el fin de fijar unos estándares mínimos de moralidad que una comunidad considera imprescindibles para la pacífica convivencia, cuya transgresión representa el mayor reproche social desde el punto de vista del derecho positivo.

El ordenamiento jurídico, encarnado en este caso por la ley penal nos permite saber a cada uno de nosotros lo que podemos hacer y lo que no podemos hacer. Eso no quiere decir que no haya quien considere que existan conductas, que debiendo estar sancionadas penalmente, no lo están; y, por lo mismo, puede que haya quien opine que hay conductas que aunque se encuentren tipificadas penalmente, no debieran estarlo. Pero este tipo de especulaciones, siendo socialmente valiosas, entran dentro del ámbito del deber ser. En cambio, el ámbito del derecho penal se mueve por lo general en el terreno del derecho *que es*, el cual a veces no se corresponde con el derecho *que debe ser*; de ahí que sea al poder legislativo a quien le corresponda en las sociedades democráticas decidir cuáles han de ser tales conductas punibles.

---

* *El presente texto forma parte mi trabajo, «Entendiendo el proceso penal», y recoge el sentido de mi intervención en el IV Memorial Manuel Serra Domínguez, que bajo el título «El enjuiciamiento civil y penal, hoy», tuvo lugar el 12 y 13 de noviembre en la Universidad Autónoma de Barcelona.*

La infracción de las reglas en esta materia da lugar a la posibilidad de que la sociedad reaccione con mucha más intensidad de lo que lo hace ante el incumplimiento de las normas del derecho privado, persiguiendo el delito e imponiendo una pena al infractor, que es la sanción jurídica que por lo general el ordenamiento jurídico de un país contempla para el supuesto de contravención de la ley penal. Desde este punto de vista de su incardinación en el sistema judicial, estas normas tienen la consideración de normas de carácter sustantivo ya que son las que definen el supuesto de hecho que da lugar a la consecuencia de que debe ser aplicada en el proceso penal.

Pero como sabemos, la norma penal sólo es capaz de enunciar una regla general y abstracta; no alcanza a valorar contenidos particulares y, por lo tanto, no puede evaluar comportamientos ni intenciones; de ahí que el Estado confíe a los jueces esta labor. La imposición de la sanción penal y el derecho a imponerla corresponde exclusivamente al Estado, que es el único que tiene reconocido el legítimo ejercicio de este derecho.

Es verdad que antes de que lo haga un juez, debemos hacerlo nosotros mismos, compareciendo ante el tribunal de nuestra propia conciencia y enjuiciar, prospectiva y no retrospectivamente, cada una de nuestras acciones, sin desdeñar en absoluto a quien, como le sucedería al *bad man*, magistralmente descrito por OLIVER W. HOLMES, lejos de analizar la moralidad de cada acto, le basta con saber qué conducta está penada por la ley y cuál no; de ahí que, en cualquiera de los casos, sea exigible que la descripción del hecho típico, del que se extrae la pena, se encuentre siempre claramente expresado.

El derecho a castigar recibe el nombre de *ius puniendi*, cuya titularidad no pertenece privativamente a ningún miembro de la colectividad sino a toda ella; esto es, al Estado, quien ha asumido el ejercicio de este derecho para evitar los efectos que un uso desmedido y revanchista de este derecho pudiera provocar en la sociedad si el castigo quedara en manos de los particulares, a quienes les está vedado el derecho a imponer pena alguna; eso supondría tanto como reconocerles la facultad de ser jueces de sus propias causas y atribuirles el derecho a tomarse la justicia por su mano.

Precisamente, según la magistral intuición de John LOCKE expresado en su «Ensayo sobre el gobierno civil», ese es uno de los propósitos esenciales del gran pacto que da lugar a la sociedad civil, donde cada uno transfiere su derecho a perseguir los atropellos causados en sus propias personas y bienes en favor del Estado renunciando con ello al empleo de la fuerza. Eso no quiere decir que no debamos respetar el dolor de la víctima o el de sus familiares, ni tratar de reparar los perjuicios por el sufrimiento que han padecido, pero sería peor para la convivencia y el interés general el que cada cual pudiera dar rienda suelta a sus

sentimientos reaccionando frente al delito en función de su estado de ánimo. Como verá, el ordenamiento jurídico dispone de remedios específicos, dentro y fuera del proceso penal, para mitigar el mal causado al ofendido o perjudicado y repararle por los daños sufridos por el delito.

Por eso, el proceso de tipo acusatorio es el mejor antídoto contra las devastadoras consecuencias que el rencor y la venganza ocasionan a la hora de responder al mal. En este sentido, aunque un sector de la doctrina haya subrayado que la función del proceso penal no debe quedar reducida exclusivamente a la aplicación de una pena, pues junto a esta finalidad esencial coexisten otras como es la de garantizar la de proteger a las víctimas de los delitos, lo cierto es que su fin principal es asegurar que la eventual condena es llevada a cabo a través de un juicio justo y con todas las garantías.

Eso no quiere decir que quienes adoptamos este punto de vista, hayamos decidido favorecer la impunidad de los delincuentes, sino que consideramos que aunque el proceso penal cumpla una importante función en cuanto a la lucha contra la delincuencia, estructuralmente no difiere de la que se desarrolla en otros órdenes jurisdiccionales y, por tanto, ha de ser respetuoso con determinadas reglas.

Nuestro derecho penal se encuentra informado por el principio de culpabilidad, de modo que la pena viene impuesta en atención al delito cometido y no a las condiciones personales de su autor. El hecho de que el Estado confíe al juez la facultad de actuar el derecho de penar, no quiere decir que le corresponda imponer la pena como quien aplica una penitencia. Aunque el Estado se haya reservado la potestad de actuar, sancionando con una pena la comisión de un delito, eso no quiere decir que pueda actuar el *ius puniendi* de cualquier forma.

De conformidad con los postulados del Estado de Derecho, la única forma posible de imponer una pena como consecuencia de la comisión de un delito es mediante el proceso penal: de aquí se infiere el carácter *instrumental* que se le asigna respecto del derecho penal sustantivo. No hay pena sin proceso ya que el proceso es lo que condiciona la pena («nulla poena sine iudicio»). Por eso, como señalara Salvatore SATTA, la ley penal puede tener el propósito que quiera darle el legislador, pero el proceso no persigue un fin ajeno a proceso mismo: *giudicare, non punire*, ese el gran misterio del proceso.

Como puede comprenderse, no todos los actos antijurídicos caen bajo la esfera del derecho penal; únicamente aquéllos que tengan esa consideración. De ahí que la aplicación del derecho material o sustantivo siga correspondiendo a los tribunales de justicia ya que el derecho material, constituido por el conjunto de normas penales legalmente establecidas, sólo puede ser satisfecho pro-

cesalmente, de modo que la sentencia penal se erige en el acto de reconocimiento del derecho del Estado a imponer la pena que legalmente corresponda.

El proceso penal no es un instrumento para la persecución, sino una garantía frente a ella; un instrumento dispuesto en beneficio del ciudadano y no en contra de él; no es para *castigar* sino *para saber si se debe o no se debe castigar* (CARNELUTTI). Su objeto es determinar si el hecho enjuiciado tiene encaje o se encuentra bajo los dominios de código penal y, por lo tanto, la función del juez penal es verificar si, a la vista de una conducta dada, el hecho forma parte de alguna de las infracciones que vienen tipificadas en la ley penal.

Los procesalistas solemos decir que el objeto del proceso no está constituido por la acción en cuanto *existente* sino en cuanto es *afirmada*: El juez no puede saber «a priori» quien merece que se le imponga una pena o una medida de seguridad. Esto corresponde decidirlo a un juez tras la sustanciación de un proceso. En consecuencia, es el tribunal sentenciador quien, una vez que la acción penal ha sido afirmada, puede imponer la pena en caso de que la tenga como existente tras el juicio. Así pues, el juicio oral no es una garantía formal llamada a dar cobertura a la actividad investigadora del Estado; no es un simple ornamento que dé lustre al proceso penal.

2. ¿Existe un sólo modo de organizar la justicia penal?

El proceso penal, como toda obra del hombre, no es infalible. Por eso, las garantías constitucionales atribuidas a los ciudadanos se erigen en una sociedad democrática en un límite infranqueable a la potestad para ejercer el derecho que le asiste a imponer una pena; su exigencia condiciona de tal manera la existencia misma del proceso penal que una pena impuesta mediante la vulneración de las garantías procesales hace impracticable la condena que en su caso el tribunal haya acordado.

Pero en todas las sociedades democráticas el crimen se investiga, se lleva a los responsables ante la justicia y son juzgados ante un tribunal imparcial y a través de un juicio justo y bajo unos estándares procesales de naturaleza muy similares. En cuanto al proceso penal se refiere, las especialidades existentes entre los distintos sistemas, aunque son muchas veces el resultado de opciones políticas, responden en la mayor parte de los casos a técnicas que en cada país han servido históricamente para dar una respuesta a un problema de organización.

Estas condiciones son fruto de la tradición o de criterios de oportunidad; básicamente están orientadas a resolver cómo proceder para la asignación de las fun-

ciones esenciales precisas para el desenvolvimiento de la justicia penal (investigación, preparación y enjuiciamiento). Pero en lo que se refiere a la finalidad de cada una, en el fondo no existen diferencias sustanciales, si bien los rasgos distintivos se acrecientan sobre todo en relación con la función asignada a la fase preliminar y al valor dado a los actos que en esta fase se llevan a cabo.

Los países de nuestro entorno acogen un modelo de proceso penal informado por el llamado *sistema acusatorio*, que es el que mejor responde a las exigencias derivadas del reconocimiento de los derechos fundamentales en una sociedad democrática. Este modelo está caracterizado por varias notas esenciales: en el sistema acusatorio la atribución de la función de acusar y de enjuiciar se asigna a órganos diferentes. Eso significa que la acusación debe provenir de un sujeto distinto del juez, bien de un particular o del representante del Ministerio Fiscal y, por lo tanto, no puede haber juicio sin acusación. Además, y como resultado de ello, el sistema acusatorio viene determinado por la existencia de un proceso en que la decisión sea el resultado de una contienda entre partes en un plano de absoluta simetría entre ellas (principio de «igualdad de armas»).

En un sistema acusatorio, el inculpado debe tener reconocido el derecho a conocer la acusación y la pena solicitada. Asociado al sistema acusatorio se encuentra, como parte esencial del derecho a un juicio justo y equitativo, el reconocimiento del derecho a un proceso basado en el principio de presunción de inocencia y el derecho a un juicio sometido a los principios de publicidad, inmediación y contradicción («derecho de defensa»).

Frente al sistema acusatorio se opone el sistema *inquisitivo*; históricamente, la denominación tiene su origen en la forma en que se lleva a cabo la investigación o «inquisitio». De ahí deriva la palabra inquisitorial, pues fue la Iglesia quien primero la adoptó para esta forma de investigar (JIMENO BULNES). En la actualidad el proceso sometido al sistema inquisitivo estaría caracterizado por un modelo de proceso en el que el juez pudiera enjuiciar y acusar simultáneamente, en el que el procedimiento fuera escrito y las actuaciones fueran secretas, hasta el extremo de no permitir al acusado conocer los hechos que se le imputan ni intervenir en el procedimiento para ejercitar el derecho de defensa, en el que el juez pudiera investigar cualquier hecho referente a la vida del inculpado sin limitación, donde la finalidad de la instrucción fuese la pesquisa misma y donde se explorase por explorar a ver lo que de la investigación se extrae («inquisitio generalis») y en el que el juez pudiera alcanzar el convencimiento de la verdad por cualquier medio, incluso mediante la utilización de pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales (art. 11 LOPJ).

Es evidente que bajo el sistema inquisitivo únicamente prevalece el interés del Estado en la persecución de los delitos, anteponiendo la protección de los ciu-

dadanos sobre el derecho de quien es objeto del proceso penal, algo que desde luego condiciona la actuación de los distintos sujetos que intervienen en el proceso, para acabar convertido en un simple instrumento de ejecución de penas. Afortunadamente, el proceso penal inquisitivo, tal como se ha entendido, se halla erradicado de nuestro ordenamiento jurídico.

El modelo seguido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es un modelo de tipo mixto, denominado tradicionalmente «acusatorio formal», ya que a semejanza del *Côde d'Instruction Criminelle* de l.808, combina ambos elementos distribuidos en dos fases claramente diferenciadas. Por una parte, la fase de instrucción, encomendada al juez de instrucción, orientada a la investigación, donde predominan los rasgos típicos del procedimiento penal inquisitivo, y, de otra, el plenario o juicio oral, de decidida vocación acusatoria, en el que se dan, en su integridad, los elementos que definen a una sistema procesal de esta naturaleza, en que la función de investigar, de acusar y de juzgar, se atribuye a sujetos distintos y donde se encuentra plenamente salvaguardado el derecho de defesa y el enjuiciamiento a través de un proceso con todas las garantías.

Una de las consecuencias de la integración de nuestro país en la Unión Europea es la que se deriva de la necesidad de armonizar y homogeneizar los sistemas jurídicos, un proceso que avanza a un ritmo adecuadamente sostenible y que está alcanzado a multitud de aspectos en el mundo del derecho. En cuanto al proceso penal se refiere, este fenómeno se advierte con claridad.

Las especialidades existentes entre los distintos sistemas, aunque con frecuencia son el resultado de opciones políticas, responden en la mayor parte de los casos a técnicas que en cada país han servido históricamente para dar una respuesta a un problema de organización. Básicamente están orientadas a resolver el problema acerca de cómo proceder para la asignación y distribución de las funciones que son necesarias para el desenvolvimiento de la justicia penal, pero en lo que se refiere a la finalidad de cada una de ellas, no debiera existir en el fondo diferencias sustanciales.

El principio de autonomía procesal que preside la aplicación del derecho europeo faculta a cada país a organizar la legislación de manera que resulte más adecuada, siempre que se respeten los principios y las reglas básicas de las directrices europeas. En este proceso está resultando decisiva la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que está actuando de catalizador, cuando no de persuasivo animador, de este proceso de convergencia.

En otros muchos casos, las diferencias entre los distintos países acaban soslayándose a través de instrumentos conjuntos de cooperación o, en su caso, a través de la incorporación y aplicación de la normativa comunitaria, siendo así que en

muchas ocasiones este fenómeno discurre a veces de manera paralela o complementaria. En este sentido, al menos en las democracias modernas, no cabe hablar de modelos contrapuestos. En todos los países está presente de una manera u otra el sistema acusatorio y sería hoy inimaginable que existiese otro diferente, máxime a la luz de los principios contenidos en los textos internacionales de derechos humanos. No existen dos maneras de configurar el proceso penal: el llamado sistema inquisitivo es, como se ha dicho con acierto, una *contradictio in terminis* (Montero Aroca). Por lo tanto, la atribución de la condición de inquisitivo para referirse o calificar a ciertos sistemas continentales no pasa de ser un convencionalismo académico que no responde a la realidad ya que en definitiva todo depende de los criterios que se utilicen para definir a un determinado sistema.

Por lo tanto, no tiene demasiado sentido buscar fórmulas ideales susceptibles de poder ser aplicadas de manera uniforme a todos los países; lo importante es que respondan a unas exigencias comunes, basadas en el respeto a los derechos individuales y que, en su caso, acaben encontrando el adecuado equilibrio para satisfacer los legítimos intereses que están en juego en el proceso penal, de manera que cualquiera de ellos acabe hallando acomodo en todos los ordenamientos jurídicos a los que, individualmente considerados, se toman como modelo a la hora de catalogar a un determinado sistema procesal.

3. ¿Es el proceso penal el termómetro con que medir la salud democrática de un país?

Sin duda alguna. La imposición de una pena constituye una de las mayores sanciones que el derecho puede adoptar frente a un ciudadano ya que produce una restricción de bienes jurídicos de enorme trascendencia que afectan a su libertad y al desarrollo de su personalidad; de ahí que los sistemas procesales adopten una serie de garantías, intentando asegurarse de que en el ejercicio de la jurisdicción penal no se cometen errores. Así pues, habiendo convenido que no podemos prescindir del proceso para la imposición de una pena, resulta igualmente necesario determinar con arreglo a qué criterios se lleva a cabo esta función y qué tipo de estándar debemos escoger desde el punto de vista de las garantías que les deben atribuir.

La justicia penal se encuentra siempre ante el dilema de cómo dar respuesta o enjuiciar conductas que no son del agrado de la sociedad y que las rechaza con un ánimo especialmente vindicativo, esperando que el Estado no muestre la más mínima complacencia con sus autores, y las garantías constitucionales de los acusados, en especial el derecho a la presunción de inocencia, que constituye la piedra angular de todo el sistema de justicia penal.

Pero la ciudadanía no siempre acepta con agrado las garantías que las leyes atribuyen a quien es objeto de un proceso penal y se pregunta por qué a los infractores se les rodea de tantas prerrogativas, sin ser demasiado consciente de que tales precauciones son en realidad instrumentos que nos protegen a todos frente a quienes se les ha encomendado la función de perseguir el delito y combatir la delincuencia. Las garantías procesales actúan como contrapesos frente a los abusos del poder; quien no sea capaz de admitir las garantías de los demás, no podrá luego reclamarlas para sí o para sus familiares.

Las garantías procesales forman parte de la noción genérica de las cautelas, y dentro de ellas, de la categoría de cautelas jurídicas. Muchos podrán pensar que son excesivas y que en algunos casos dificultan la labor investigadora de quienes tienen que velar por la seguridad pública, pero como toda cautela, está dispuesta para prevenir o precaverse de un daño mayor, es decir, están pensadas ante la eventualidad de que algo falle y cause otro tipo de daños de mayor entidad. Aquí el mal que se pretende evitar es la condena de un inocente o que, con ocasión de una investigación criminal, se puedan lesionar o vulnerar los derechos individuales.

Por eso, la mayor parte de las medidas que dispone el proceso penal moderno están orientadas a garantizar los derechos del acusado. Esta regla no puede sufrir derogaciones en función de la naturaleza o de la gravedad de la infracción, por muy odioso que nos resulte el delito o por muy repugnante que nos parezca su responsable; el proceso penal tiene sus fronteras y un objetivo constitucional: el enjuiciamiento a través de un juicio justo y con todas las garantías.

Siendo la dignidad de los seres humanos lo que está en juego en el proceso penal, el Estado debe poner todos los medios para evitar la condena de un inocente; en esto, como sostuvo Ronald DWORKIN, *no se puede ser tacaño.* Si al sospechoso de un delito se le concede el derecho a no declarar, es porque puede haber alguien que le obligue a hacerlo en contra de su voluntad; si tiene derecho a que se presuma su inocencia, es porque puede haber alguien que le condene sin que tan siquiera exista una prueba que le incrimine; si tiene derecho a la defensa, es porque existe el riesgo de que a alguien se le pueda imponer una pena sin un juicio ante un tribunal imparcial.

A esto es lo que llamaríamos, junto a otras, las consecuencias del legado de *Beccaria* que, como sabemos, llevaron al autor de «Dei delitti e delle pene» a luchar en favor de la dignidad de las personas, en contra la brutalidad, la ignominia y la irracionalidad con que el sistema de enjuiciar del antiguo régimen trataba a los acusados. Por eso, salvo algunos sectores de la sociedad civil, que siguen añorando el sistema de justicia penal inquisitivo y para los cuales el proceso penal debería seguir siendo un simple mecanismo para la administra-

ción de la venganza entre particulares, la mayoría creo que tenemos bastante claro cuál es el modelo a seguir.

Es importante aclarar que las garantías procesales no señalan con su dedo acusador a quienes día a día luchan contra el delito; no se establecen frente a quienes hacen las cosas bien y cumplen con las leyes, sino que están dispuestas frente a quien eventualmente puedan hacer las cosas mal. No puede aceptarse que tal asimetría en la que aparece configurada la justicia penal desde el punto de vista de las cargas procesales constituya un obstáculo en la lucha contra la criminalidad.

El Estado tiene suficientes resortes y dispone de medios legales y recursos materiales para perseguir el delito y asegurar la condena de sus responsables, de manera que quienes consideren que el proceso penal está orientado fundamentalmente a la obtención de una condena (Pizzi), no tendrán más remedio que admitir igualmente que la finalidad del proceso sea el que aquélla se obtenga, al menos, de una manera justa y siendo absolutamente respetuoso con los derechos humanos del encausado; aquí se encuentra la clave para reconocer si estamos en un Estado ético o ante un Estado totalitario. En este sentido, el proceso penal constituye el reflejo de la sociedad, pues como destacara James Goldschmidt, los principios a que se acoge son los *segmentos de la política general de un país*, y son, por tanto, el termómetro con que medir o valorar la salud democrática de un país.

4. ¿Qué queda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal?

Edgar Allan Poe relataba magistralmente en el «Retrato ovalado» la enfermiza obsesión de un pintor que convenció a su joven esposa para que le sirviera de modelo. El pintor había llegado a tal punto de ensimismamiento que se desentendió de su esposa y no se dio cuenta de que su frágil salud empeoraba a medida que pasaban los días. En su delirio, iba de vez en cuando corrigiendo las huellas que el paso del tiempo dejaba en su rostro, tratando así de mantener intacta la misma belleza que tenía cuando comenzó a pintarla, ignorando que cada pincelada le arrebataba un poco de su vida, hasta que un día, al volver los ojos para fijarse en ella, se dio cuenta con terror de que: ¡estaba muerta!

Algo parecido le ha ido sucediendo al legislador con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que a pesar de las sucesivas reformas y de los interminables retoques que se ha introducido, aún no se ha dado cuenta de que el modelo dejó de existir hace mucho tiempo. La Ley 41/2015, de 5 de octubre, que formaba parte del último intento de promulgar un nuevo «Código de Proceso Penal», volvió

a insistir en la necesidad de que su implantación resultase de un amplio consenso sobre el modelo de la ley que debería sustituir a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es bastante probable que los redactores de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no dejaran pasar la ocasión de reflejar en un texto como el que aprobaron en 1882 el sistema que todo el mundo tomaba entonces como modelo, hasta el punto de que, según algunos autores, fue el más adelantado de los códigos procesales de la época (PINA). Eso no quiere decir que no existieran elementos, que sugeridos por la experiencia, trataran de favorecer la persecución penal de los delitos y que se dispusieran para garantizar y a dotar al sistema de un cierto principio de autoridad, sobre todo por parte de quienes han podido ver en el sistema inquisitivo alguna ventaja para el mantenimiento de la legalidad.

Al parecer el problema está en el modelo. Puede que sea el modelo o puede que el desacuerdo esté más bien en las técnicas utilizadas para lograr la finalidad para la que el modelo está dispuesto. Pero aun habiendo consenso sobre el modelo, también es preciso que las técnicas que utilicemos para darle forma, sean coherentes con ese modelo. Lo que no resulta de recibo es cambiar las técnicas y que luego todo siga igual. Así pues, lo primero que deberíamos preguntarnos es para qué queremos que sirva el proceso penal y, a partir de ahí, seguir construyendo un modelo acorde con esta finalidad. Ya insistimos en las páginas que siguen que el proceso penal no es un instrumento para la persecución sino una garantía frente a ella y a veces se le pide a la justicia penal más de lo que la justicia penal puede dar.

El hecho de haber encomendado la instrucción a un juez, al que se le confía la función de investigar, poniendo en sus manos todos los medios e instrumentos que el aparato del Estado es capaz de poner al alcance de los jueces para el cumplimiento de esta función, no convierte al proceso español en inquisitivo ni creo que nadie lo pretendiera; quizás fuese únicamente el fruto de la desconfianza que, incluso para un liberal como ALONSO MARTÍNEZ, le debía de suponer dejar la perseguibilidad de los delitos únicamente en manos de los ciudadanos, como seguramente le hubiera gustado de haberse guiado únicamente por sus preferencias.

En un Estado de Derecho, el proceso penal sirve para lo que sirve; no para castigar sino, como hemos dicho, para saber si se debe o no se debe castigar. La respuesta del Estado frente al delito es mucho más amplia y aunque el proceso penal juegue un papel fundamental, no es el único instrumento para combatir la delincuencia. El proceso penal tiene sus fronteras y un objetivo constitucional: el enjuiciamiento; no la investigación, de manera que el juicio oral no sea un simple ornamento que dé lustre al proceso penal.

Y si nunca ha sido conveniente efectuar juicios a la gruesa, menos aún debemos hacerlo cuando lo que está en juego es la libertad de las personas. Eso no quita que los medios de comunicación no puedan tener su opinión sobre los hechos o los ciudadanos la suya; la pueden y la deben tener. Pero como resultado de nuestro contrato social, al menos jurídicamente hablando, la decisión definitiva está reservada al poder judicial, sin que por ello las resoluciones de los jueces deban quedar al margen de la necesaria y siempre saludable crítica pública.

En las actuales circunstancias, pensar en atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal no parece que sea un debate tan perecedero y estéril como pudo serlo hace años, aunque sí exige someterlo cuando menos a algunas cuestiones entre las cuales no es la menor la de definir los criterios que habrían de servir para tomar la decisión de acusar, esto es, de proceder penalmente contra el sospechoso de la comisión de un delito y, en consecuencia, de ejercitar la acción penal, una propuesta, por cierto, que siempre ha suscitado opiniones de diverso orden: a la luz de este debate no cuesta imaginar lo refractarios que pueden llegar a ser quienes se oponen a un cambio tan radical de nuestro actual sistema ni las razones por que las que lo hacen, quizás porque piensan que el modelo es excesivamente complaciente con el delincuente.

Así pues, resulta inaplazable definir de una vez las funciones del proceso penal de cada uno de los sujetos que en él intervienen. El sistema actual ni siquiera es eficiente desde el punto de vista de una distribución racional de los medios humanos y materiales de los que se dispone. Si no lo hacemos, podemos seguir dando pinceladas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal para disimular las imperfecciones y arrugas que su larga vida sigue dejando en su rostro, pero si no cambiamos el modelo, seguirá estando muerta.

4 | El proceso penal: a la búsqueda del tiempo perdido

Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

I Introducción

En los últimos años hemos sido testigos de un sinfín de reformas de nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal (así, a título de ejemplo, en el buscador Noticias Jurídicas podemos encontrar un total de 27 versiones desde el año 1999 hasta el año 2018).

La situación llega hasta el extremo de haberse aprobado diversos anteproyectos de nueva ley o Código de nuevo cuño que sustituyera a la centenaria norma aprobada en los tiempos del ministro Alonso Martínez en 1882.

Más sorprendente es aún, si cabe, constatar que el la XI legislatura el anteproyecto de Código Procesal Penal no llegó a ser aprobado pese a contar el Gobierno que lo auspiciaba con mayoría absoluta en ambas cámaras legislativas.

La definitiva frustración del proyecto provocó que parte de su articulado se introdujera en la decimonónica ley mediante diversas reformas parciales, en virtud de las cuales, durante el legislativamente caótico año 2015 llegaron a superponerse hasta 8 versiones distintas de la misma ley[1].

Fruto de esta diversa y heterogénea amalgama de reformas, coexisten hoy en nuestra ley preceptos absolutamente adaptados a los nuevos retos de la justicia penal, como el que regula el «registro de remoto de dispositivos electrónicos» (artículo 588 septies, a, LECrim) con otros tan anacrónicos como el que

1. En este sentido, *Vid.* Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016.

aún regula que «*si el estado del cadáver lo permitiere, se expondrá al público antes de practicarse la autopsia, por tiempo a lo menos de veinticuatro horas, expresando en un cartel, que se fijará a la puerta del depósito de cadáveres, el sitio, hora y día en que aquél se hubiese hallado*» (341 LECrim).

Por otra parte, sabido es que muchas reformas procesales no llegan a ser sino buenos propósitos o brindis al sol en la medida en que no vayan acompañados de la correspondiente dotación económica. Así ha sucedido, por ejemplo, con la limitación del plazo máximo de instrucción (reforma del artículo 324 de la LECrim) que tantos problemas prácticos ha comportado en la realidad forense cotidiana[2].

En unas jornadas homenaje a uno de los, sin duda, más brillantes procesalistas contemporáneos, resulta adecuado intentar efectuar algunas propuestas fáciles de aplicar, sin coste económico y que, en efecto, redundarían en una ostensible mejora del maltrecho derecho de defensa, ejercicio que me propongo desarrollar en las próximas líneas.

II. Propuestas para la mejora del derecho de defensa

a) La inmediatez y proximidad física entre abogado y defendido

La primera medida a aplicar es la inmediatez física entre abogado y defendido durante todas las etapas del proceso.

Como sabemos, en la práctica forense ello no sucede, lo que comporta que, en muchas ocasiones, el Letrado defensor no pueda, bien garantizar el derecho al silencio del acusado[3], bien sacar todo el jugo posible a las diversas diligencias que se practiquen tanto durante la instrucción como durante el juicio oral.

En este sentido, la lejanía que puede existir entre el acusado y su Letrado puede provocar que aquél conteste a preguntas que pueden perjudicar a su defen-

---

2. En efecto, han sido muy numerosas las críticas a la medida, que ha sido incluso tildada de «ley de punto final» para procurar la inmunidad de múltiples causas de corrupción que afectan dirigentes políticos. Ejemplo paradigmático de tales críticas fue el *Comunicado conjunto sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* de fecha 15 de octubre de 2015, suscrito por las Asociaciones Jueces para la Democracia, Asociación de Fiscales, Asociación de Jueces Francisco de Vitoria, Foro Judicial Independiente, Asociación Profesional e Independiente de Fiscales y Unión Progresista de Fiscales, que, tras analizar el texto legal, concluye con estas contundentes palabras: «Es por lo tanto, una auténtica ley de punto *final de la que va a resultar la impunidad de hechos delictivos que debieran ser castigados[...])).* El citado documento puede consultarse en línea, por ejemplo, en la página de la UPF: http://www.upfiscales.com/2015/10/1437/.

3. Sobre el derecho al silencio y el derecho de defensa, cabe destacar el interesante trabajo de Asencio Gallego, J. M., *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa,* Tirant lo Blanch, 2017.

sa y que, en caso de haber podido ser aconsejado por su abogado, no hubiese contestado.

Por otro lado, que el abogado defensor no se sitúe cerca de su cliente impide aprovechar al máximo las fuentes de conocimiento que el acusado tiene de primera mano, y que permitirían desvirtuar las afirmaciones de testigos e incluso peritos (piénsese en el supuesto de un perito que esté basando su dictamen en premisas fácticas erróneas que el imputado conoce).

En efecto, la inmediatez entre acusado y Letrado está expresamente prevista en la Ley del Tribunal del Jurado, en su artículo 42, apartado segundo. Así, conforme dispone el citado artículo que:

> «El acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores».

Ello no obstante, existen otras disposiciones normativas que podrían parecer contrarias al anterior mandato. Así, la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé, en su artículo 187, que los Letrados se situarán a la misma altura que los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios (ahora Letrados de la Administración de Justicia) y Procuradores. En efecto, el citado precepto dispone lo siguiente:

> «1. En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores usarán toga y, en su caso, placa y medalla de acuerdo con su rango.
>
> 2. Asimismo, todos ellos, en estrados, se sentarán a la misma altura.»

Asimismo, el Estatuto General de la Abogacía Española, prevé en su artículo 38, apartado primero, que:

> «*Los abogados tendrán derecho a intervenir ante los Tribunales de cualquier jurisdicción sentados dentro del estrado, al mismo nivel en que se halle instalado el Tribunal ante quien actúen, teniendo delante de sí una mesa y situándose a los lados del Tribunal de modo que no den la espalda al público, siempre con igualdad de trato que el Ministerio Fiscal o la Abogacía del Estado*».

Sin embargo, entendemos que el hecho de que el abogado deba estar a la misma altura que el Tribunal no impide que el defendido pueda estar también próximo a él.

En todo caso, si se entendiere que las indicadas previsiones efectivamente obstaculizan llevar a la práctica dicha medida, trataríase de una sencilla reforma legislativa, sin ningún coste económico —o, en todo caso, tan reducido como

poner una silla más— y cuyos resultados se intuyen muy positivos para la mejora del derecho de defensa.

Así las cosas, tal como ha declarado el Tribunal Supremo (Sentencia 291/2005, de 2 de marzo), en la colisión de los intereses en el conflicto, debería siempre primar el derecho de defensa, y así:

> «*En este tiempo de reformas penales, tanto sustantivas como procesales, parece llegado el tiempo de diseñar un nuevo escenario de las audiencias penales que sitúe al acusado junto con su letrado. Con ello se conseguiría una más efectiva asistencia jurídica que se vería potenciada por la propia cercanía física, y, al mismo tiempo se pondría fin a una irritante desigualdad existente en relación a la Ley del Jurado (RCL 1995, 1515), cuyo art. 42-20 prevé que «el acusado o acusados se encontraran situados de forma posible su inmediata comunicación con los defensores», lo que por otra parte es norma usual en el derecho comparado.*
>
> *No existe tal prevención en relación a los otros juicios, con lo que se impide esa inmediata comunicación, que, para ser llevada a cabo exige la interrupción de la Vista.*
>
> *Ciertamente, esta exigencia habría que hacerla compatible con el art. 187 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) que prevé que los abogados se sientan a la misma altura del Tribunal, pero vista la colisión de los intereses en conflicto, parece claro que el juicio de ponderación debe inclinarse en favor de la superior entidad que tiene —que tendría— para el mejor desarrollo del derecho de defensa que, el letrado estuviese situado junto a su cliente/defendido, en comunicación permanente con él. La única excepción estaría representada por la existencia de razones de seguridad que exigiese una severa custodia del inculpado*».

En definitiva, la medida expuesta se evidencia como sencilla y eficaz, redundando en una patente mejora del derecho de defensa.

b) Prueba de cargo y descargo

La segunda medida para mejorar el derecho de defensa, fácil de implementar y absolutamente carente de coste económico de ninguna clase, consistiría en practicar durante el juicio, en primer lugar, toda la prueba de cargo y, acabada ésta, toda la prueba de descargo.

Esta sencilla medida permitiría a la defensa orientar toda su estrategia defensiva a desvirtuar la prueba de cargo ya practicada, evitando sorpresas generadoras de indefensión.

Dicho orden de proceder es el que desde antiguo preveía la regulación del juicio de faltas y que hoy sigue manteniendo el artículo 969, apartado primero, de la LECrim para el actual juicio sobre delitos leves.

La experiencia nos enseña empero que dicha previsión normativa ha sido frecuentemente ignorada en la práctica forense, Se trataría pues de, mediante una sencilla reforma legislativa, generalizar el sistema aún previsto en el citado artículo 969 LECrim para los distintos procedimientos penales.

En este sentido, dispone el citado artículo 969 de la LECrim:

> *«El juicio será público, dando principio por la lectura de la querella o de la denuncia, si las hubiere, siguiendo a esto el examen de los testigos convocados, y practicándose las demás pruebas que propongan el querellante, el denunciante y el Fiscal, si asistiere, siempre que el Juez las considere admisibles. La querella habrá de reunir los requisitos del artículo 277, salvo que no necesite forma de abogado ni de procurador. Seguidamente, se oirá al acusado, se examinarán los testigos que presente en su descargo y se practicarán las demás pruebas que ofrezca y fueren pertinentes, observándose las prescripciones de esta Ley en cuanto sean aplicables».*

Así, el orden legalmente establecido a seguir en el actual juicio sobre delitos leves es el siguiente;

1) En primer lugar, la declaración de los testigos que se propongan por parte del querellante, el denunciante y el Ministerio Fiscal.
2) En segundo lugar, el resto de pruebas propuestas por el querellante, el denunciante y el Ministerio Fiscal.
3) En tercer lugar, la declaración del acusado.
4) Seguidamente, la declaración de los testigos propuestos por la defensa.
5) Por último, la práctica del resto de pruebas de descargo propuestas por la defensa.

Por su parte, el artículo 701 de la LECrim dispone el orden a seguir para la práctica de la prueba en el procedimiento ordinario, y así, establece:

> «*(…)*
>
> *Acto continuo se pasará a la práctica de las diligencias de prueba y al examen de los testigos, empezando por la que hubiere ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores, y, por último, con la de los procesados.*

> *Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas.*
>
> *(…)*».

Por tanto, el orden para la práctica de la prueba establecido por la LECrim para el procedimiento ordinario es el siguiente:

1) En primer lugar, las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal.
2) En segundo lugar, las pruebas propuestas por el resto de partes acusadoras.
3) En tercer lugar, las pruebas propuestas por los procesados.

Como puede comprobarse, la diferencia esencial entre uno y otro orden establecido es el momento en el que debe producirse la declaración del acusado.

Así, en el procedimiento sobre delitos leves, se prevé que la declaración del acusado se produzca después de practicada la prueba propuesta por las acusaciones.

En cambio, en el procedimiento ordinario, no se prevé expresamente la declaración del acusado (más allá de su derecho a la última palabra contemplado en el artículo 739 de la LECrim), motivo por el que, es costumbre practicar en primer lugar, al ser una prueba que suele ser propuesta por el Ministerio Fiscal y/o por las acusaciones.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el momento procesal en el que debe producirse la declaración del acusado. En este sentido, ha manifestado que el *usus fori* sitúa dicha declaración al inicio de la vista, permitiendo la clarificación de la versión de los acusados, así como de las cuestiones fácticas que aparecen como controvertidas, siendo ello compatible con el orden legalmente previsto en el artículo 701 LECrim.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2015, de 30 de abril (entre otras), ha declarado que:

> *«Con independencia de la valoración que pueda realizarse desde una perspectiva teórica o de «lege ferenda» sobre cuál debería ser el momento más adecuado para la declaración de los acusados en el juicio oral, lo cierto es que un «usus fori» muy consolidado sitúa esta declaración al comienzo del juicio,* ***con el fin de precisar la versión de los acusados delimitando así las cuestiones fácticas controvertidas.*** *Y éste fue el momento procesal en el que se interesó la práctica de la prueba por el Ministerio Fiscal, por lo que el Tribunal sentenciador no hizo más*

> *que cumplir lo que establece la ley, al seguir el orden de práctica de las pruebas establecido en el art 701 de la Lecrim.*
>
> (…)
>
> Esta práctica judicial habitual, que tiene sus antecedentes en la época de entrada en vigor de la propia Lecrim (SSTS de 19 de mayo, 28 y 30 de junio de 1883, e Instrucción 51/1883, de la Fiscalía del Tribunal Supremo), trata de suplir una laguna apreciable en la Lecrim que no prevé expresamente un momento procesal para que los acusados puedan ejercer su derecho a declarar, salvo a través del ejercicio de su derecho a la última palabra, que constituye un trámite muy tardío, y escasamente determinante, que se produce cuando el juicio prácticamente ha terminado.
>
> En consecuencia, para evitar que el derecho de los acusados a expresarse y aportar su versión se demore a este tardío momento procesal, y teniendo en cuenta que el juicio debe comenzar en todo caso con la lectura de los hechos de la acusación y la pregunta a los acusados sobre su conformidad con los mismos, el «usus fori» determina que, en caso de respuesta negativa a dicha solicitud de conformidad, el juicio comience precisamente con las explicaciones y aclaraciones del acusado, contestando, si desea hacerlo, a las preguntas que le formulen la acusación y su propia defensa».

En nuestra opinión, lo más lógico es que la declaración del acusado se produzca una vez practicada toda la prueba de cargo que exista contra él. Y ello por varios motivos.

Así, si bien la defensa conoce las pruebas propuestas por las acusaciones, y que, van a ser practicadas en el acto del juicio, la práctica de las mismas puede tener resultados imprevisibles. En este sentido, resulta imposible saber con precisión qué es lo que va a declarar un testigo, o incluso los razonamientos que pueda llegar a realizar un perito, tal vez asentados sobre premisas fácticas erróneas.

Por ello, parece más razonable que el acusado conozca con qué pruebas cuenta la acusación contra él, para saber exactamente qué premisas fácticas se hace necesario desvirtuar. Asimismo, saber exactamente cuál es la prueba de cargo que existe contra el acusado permitirá también poder elegir una u otra línea de defensa.

La declaración del acusado previa a la práctica de la prueba de cargo parece más propia de un sistema inquisitivo, mientras que la declaración posterior a la práctica de la prueba de cargo sería a nuestro parecer más propia del sistema acusatorio.

Por todo ello, entendemos que la práctica de toda la prueba de cargo debe realizarse de forma previa a la práctica de la prueba de descargo, debiéndose de esta forma practicar la declaración del acusado, no en el primer momento

del acto del juicio, sino con posterioridad a la práctica de las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal y el resto de partes acusadoras.

c) Eliminación en favor del imputado de restricciones en la tramitación de los recursos ordinarios

La siguiente medida a implementar es la eliminación en favor del imputado de restricciones en la tramitación de los recursos ordinarios. La experiencia profesional nos demuestra que en muchas ocasiones a los despachos de abogados nos llegan personas condenadas en instancia por culpa de una mala defensa (cuando podrían haber sido absueltos o sentenciados con una pena de menor gravedad).

Profesionalmente resulta frustrante el sentimiento de impotencia que invade al defensor cuando no puede combatir eficazmente premisas fácticas que podrían haber quedado fácilmente desvirtuadas.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal sitúa como límite para la proposición de prueba el momento procesal fijado para las cuestiones previas en el juicio oral. En este sentido, dispone el artículo 786, apartado segundo:

> *«El Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia».*

Asimismo, el artículo 790.3 de la LECrim restringe la práctica de prueba en segunda instancia a aquellas ocasiones en las que, bien no se pudo proponer, bien fue indebidamente denegada (siempre que se hubiere formulado la oportuna protesta) o bien fue admitida, pero no pudo ser practicada por causas no imputables a la parte que la propuso.

Sin duda, la situación ha mejorado notablemente tras la reforma operada por la Ley 41/2015, en la que se generalizó la segunda instancia en el procedimiento penal. En efecto, hasta entonces, la segunda instancia penal no estaba prevista en el proceso penal de forma generalizadas y el recurso de casación, de-

bido a su carácter extraordinario, no satisfacía las exigencias internacionales respecto a la doble instancia.

Ello no obstante, si bien el recurso de apelación sí permite la completa revisión del juicio realizado en primera instancia, pudiéndose revisar la prueba practicada siempre que se respeten los principios de inmediación y contradicción, no permite la aportación de nueva prueba, fuera de los casos tasados en el artículo 790.3 LECrim. Así, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (Sentencia 184/2013, de 4 de noviembre, entre otras) en el sentido de que:

> *«Lo único que no puede admitirse es la invocación la STC 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002, 167), para negar el derecho al recurso frente a la condena penal impuesta en primera instancia. Precisamente en esa misma Sentencia el Pleno del Tribunal dispuso que el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal* ad quem *para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de* novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador* ad quem *asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez* a quo*, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez* a quo*.»*

Así las cosas, pese a que la reforma efectuada por la Ley 40/2015 no puede más que valorarse de forma positiva, es a nuestro parecer insuficiente, en la medida en que, debería introducirse la posibilidad de aportar nuevos elementos probatorios en la segunda instancia, siempre que éstos favorezcan el derecho de defensa y puedan permitir, bien la absolución, o bien la reducción de la pena del condenado en primera instancia.

d) La flexibilización de los debates

La última medida a implementar, sin coste alguno, y que sin duda favorecería al derecho de defensa, consiste en la flexibilización de los debates que se llevan a cabo en las sesiones de juicio oral.

En nuestro sistema actual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé en sus artículos 734 a 738 que, una vez practicadas las diligencias de prueba, pasarán a informar el Ministerio Fiscal, el acusador particular, el actor civil, las defensas de los procesados y de las personas civilmente responsables, siguiendo este orden. Seguidamente, se prevé un turno de réplicas para «la rectificación de hechos y conceptos» (artículo 738 LECrim).

En este punto, se propone sustituir este sistema por uno mucho más flexible como el que rige en otros sistemas procesales europeos, consistente en que mediante una participación activa del Tribunal, se siga un debate dirigido, abordándose sucesivamente los distintos puntos objeto de controversia con técnica de «micrófono abierto»[4].

III. Conclusiones

En definitiva, tal como se ha desarrollado en el presente trabajo, existen numerosas medidas que redundarían en una notable mejora del derecho de defensa, siendo la implantación de las mismas muy sencilla, habida cuenta que no conllevarían ningún coste económico.

En este sentido, las medidas a aplicar podrían ser llevadas a cabo con una simple reforma de algunas disposiciones normativas, e incluso, algunas medidas podrían ser aplicadas sin necesidad de reforma alguna.

Todas ellas tienen un cariz garantista, que entendemos imprescindible para el desarrollo del proceso penal de un estado de derecho, para respetar de forma efectiva las garantías constitucionales e internacionales del proceso y, seguramente, el derecho de defensa.

4. Al respecto, mi monografía, «*La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*», p. 104. Se trata del sistema seguido en otras jurisdicciones europeas.

5 | La acción de la Unión Europea en materia de garantías procesales. Su influencia en la legislación española[1]

Coral Arangüena Fanego
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid

I. Aproximación al tema

Los procesalistas llevamos ya largos años debatiendo sobre el modo en que debe llevarse a cabo la deseada sustitución de nuestra más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal por una norma de nuevo cuño que responda a las necesidades del nuevo siglo. Pero como gráficamente ejemplificó Antonio del Moral, la situación que vivimos cuando oímos hablar de la «inminente» reforma del proceso penal, se asemeja mucho a la que experimenta el protagonista de la película «Atrapado en el tiempo» cuando tiene que cubrir la información del «Día de la marmota»; se repite una y otra vez la misma noticia… En nuestro caso la «inminente» reforma del proceso penal: igual de inminente que hace treinta años[2].

Los intentos de reforma integral del proceso penal han resultado fallidos. Y nos hemos conformado con el recurso a la denostada técnica del parcheo para introducir en nuestro viejo texto de enjuiciamiento criminal las ineludibles modificaciones que éste demandaba.

1. Trabajo realizado en el marco de los Proyectos de investigación «Garantías procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea» —MINECO DER 2016-78096-P—, «Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio» —Junta de Castilla y León, VA135G18— y «Claves de la Justicia civil y penal en la sociedad del miedo» —PROMETEO/2018/111 B Generalitat Valenciana— Se corresponde en lo esencial con la ponencia impartida el 13 de noviembre de 2018 en la Universidad Autónoma de Barcelona en las Jornadas Internacionales de Derecho Procesal «El enjuiciamiento civil y penal, hoy»— IV Memorial Manuel Serra Domínguez. Se ha procurado respetar el tono de la presentación oral, lo que se traduce también en la reducción al mínimo de las referencias bibliográficas.

2. Del Moral García, A., «La reforma del Proceso Penal», *BMJ* núm. 2186. Febrero 2016, p.207.

Si volvemos la vista atrás hacia las últimas que se han producido, advertiremos que buena parte de ellas se han debido a la obligada transposición de Directivas europeas. Sobre este punto centraremos nuestros comentarios. Concretamente sobre las Directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados y su transposición en el ordenamiento español.

En ocasiones anteriores nos hemos ocupado de analizar las razones que en su día justificaron el camino emprendido por el legislador europeo para actuar en esta materia y del largo recorrido seguido desde los iniciales pasos dados con la fallida Propuesta de la Comisión de 2004 sobre Garantías procesales de sospechosos y acusados en procesos penales en la Unión Europea. También del contenido de las distintas Directivas aprobadas hasta la fecha[3] siguiendo el Plan trazado por el Consejo en 2009.

Por ello el objetivo de estas páginas prescindirá de llevar a cabo ese análisis para centrarse en las aportaciones que la transposición de esos instrumentos europeos en nuestra legislación ha supuesto (o deberá suponer) en la mejora de los derechos del justiciable.

Todo ello teniendo muy presente el art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial que impone a los Jueces y Tribunales la aplicación del derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que la interpretación que sobre estas Directivas ha efectuado el Tribunal de Luxemburgo cobra especial interés.

II. Directiva 2010/64/EU relativa al derecho a la interpretación y traducción. Y su transposición en España mediante Ley Orgánica 5/2015

La primera de las Directivas aprobadas otorga a los sujetos que son imputados en un proceso penal seguido ante un Estado miembro y cuya lengua desconocen, el derecho a un intérprete durante su tramitación, así como a la traducción de los documentos que resulten necesarios para cumplir con las exigencias del derecho de defensa y garantizar la equidad del proceso.

---

3. Se trata de un tema en el que a las sucesivas actuaciones del legislador europeo he procurado darles adecuado y puntual seguimiento, en algo más de diez publicaciones que se han sucedido desde su génesis con la fallida Propuesta de Decisión marco de 2004 (analizada en la obra *Garantías procesales en procesos penales en la Unión Europea/ Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, Lex Nova, Valladolid, 2007) a sus últimos resultados (y la obra *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, es buen ejemplo de ello).

Derechos que han de garantizarse sin demora alguna desde el momento en que al sujeto se le atribuya la comisión de un hecho delictivo ya sea por una autoridad judicial, o por la autoridad encargada de la investigación penal (incluyendo interrogatorios policiales u otras declaraciones que puedan prestarse ante las autoridades competentes para la investigación penal; señaladamente, el Ministerio Fiscal). Y derechos que son regulados de modo diferenciado por la Directiva, solución acertada desde el punto de vista teórico ya que pese a su frecuente empleo como términos sinónimos no lo son, ni indican realidades coincidentes, tratándose de dos tipos de actuaciones muy distintas que exigen el desarrollo de habilidades y competencias también diversas. Las diferencias inciden además sobre el distinto nivel de exigencia de una y otra garantía destacando el carácter cuasi absoluto (y no renunciable) de la primera[4] y el más limitado de la segunda, en armonía con la jurisprudencia del TEDH sobre el particular.

Los Estados miembros asumieron la obligación de implementar la Directiva antes del 27 de octubre de 2013, aunque la realidad evidenciara un generalizado incumplimiento (¡nada menos que dos años de retraso en el caso de España!). Y, asimismo, la carga de correr con los costes económicos derivados de la interpretación y traducción llevada a cabo en los procesos seguidos en su territorio, con independencia de que el sujeto afectado cuente o no con recursos y del sentido favorable o desfavorable de la resolución final. Algo que, además de hallarse en armonía con la constante doctrina del TEDH desde su temprana sentencia dictada en el caso *Luedicke, Belkacem y Koç* c. Alemania, no es sino consecuencia de la naturaleza procesal de estos derechos, unidos en este caso a la parte pasiva del proceso penal y en cuanto tal, sin que tengan nada que ver con el objeto que allí se debate.

España cumplió las exigencias antedichas, aunque con significativos déficits; entre ellos y muy determinante, el que la ley de transposición no viniera acompañada de una dotación económica específica y que de modo expreso prohibiera el incremento de personal[5]. Pero vaya por delante que la transposición de la norma europea supuso avances de importancia en el tratamiento dispensado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). que lejos de regular interpretación y traducción como auténticos derechos del inculpado, les dispensaba un trato residual en armonía con su consideración del intérprete como mero auxi-

4. Es sumamente ilustrativa de las consecuencias que tendría admitir la renuncia al derecho a la interpretación la STEDH de 14 de octubre de 2014, *Baytar v. Turquía*, en la que se afirma que «la decisión de una persona acusada de renunciar, o no, a derechos tan importantes como el de guardar silencio o a un abogado, emitida por quien no es capaz de medir sus consecuencias y no comprender claramente lo que está decidiendo no puede ser considerara correcta».

5. Al punto de que la Asociación Profesional de Traductores e Intérpretes Judiciales y Jurados presentó en julio de 2016 una queja en la Oficina del Defensor del Pueblo sobre las deficientes condiciones de la prestación del servicio de traducción e interpretación en sede judicial y policial en España.

liar del Juez. Pues si bien es verdad que nuestro sistema había reconocido, y aplicado, el derecho a la interpretación antes de la reforma de 2015, lo cierto es que éste se encontraba prácticamente limitado a la toma de declaración policial y judicial (tanto en fase de instrucción como en juicio oral), estando ausente el derecho a la traducción, salvo en lo que respecta a la información de derechos del detenido en dependencias policiales (existiendo formularios en los idiomas más usuales). Y sólo en muy contadas ocasiones, los Tribunales habían accedido a proveer la traducción de algún documento esencial del proceso. Como tampoco había existido, por regla general, la posibilidad de una traducción siquiera sea facilitada en forma oral, del sumario o parte del mismo[6].

La Ley orgánica 5/2015 por la que se modifica la LECrim en materia de traducción, interpretación y derecho a la información cambia sensiblemente este estado de cosas. Modifica en la LECrim. las rúbricas de títulos y capítulos e incluye uno específico (cap.II, título V, libro 1º) dedicado a la traducción e interpretación (nuevos artículos 123 a 127) tras haber reconocido expresamente estos derechos en el listado de los que goza el investigado [art. 118.1.e)]. Incorpora además en el art. 416.3 el secreto de traductores e intérpretes. En definitiva; confiere a la traducción/interpretación el rango de auténtico derecho del investigado/encausado y le confiere la atención que como tal merece.

Como aspectos más destacables de la nueva regulación, puede citarse en lo que a la interpretación se refiere, el reconocimiento de este derecho (art. 118) desde los primeros estadios del proceso citando expresamente el primer interrogatorio policial, judicial o del Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales, así como las conversaciones que con carácter previo, simultáneo o posterior pueda mantener con su Abogado necesarias a efectos de defensa y la exigencia expresa de que el derecho a ser asistido por intérprete se aplique al juicio oral en su integridad («todas las actuaciones del juicio», dice art. 123.1.c]), novedad relevante con respecto a la regulación precedente, aunque lamentablemente, de escaso cumplimiento en la práctica[7].

Y, con relación a la traducción, la exigencia de que la traducción se lleve a cabo en un plazo razonable para lo cual prevé que desde que ésta se acuerde «por parte del Tribunal o Juez o del Ministerio Fiscal quedarán en suspenso los plazos procesales que sean de aplicación» (art. 124.3). Y la indicación con cierta precisión de los documentos que han de ser traducidos: «todos aquéllos que

6. *Vid.* Guerrero Palomares, S., «El derecho a la traducción e interpretación en el proceso penal. Análisis de los nuevos artículos 123 a 127 de la LECrim, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 41 (enero-marzo 2016), pp. 4-5.

7. Los datos manejados tras la entrada en vigor de la ley por la APTIJ (Asociación profesional de traductores e intérpretes judiciales y jurados) indican que apenas un 50% de las actuaciones que tienen lugar en el juicio oral se traducen.

resulten esenciales para garantizar que esté en condiciones de ejercer válidamente su derecho de defensa», con la mención expresa de tres que en todo caso han de ser traducidos por resultar esenciales *per ser*: las resoluciones privativas de libertad, los escritos de acusación y la sentencia. Con todo, adviértase que la amplitud de estas previsiones se encuentra matizada por el juego de algunas de las excepciones que se prevén a las reglas generales en la materia[8]; por ejemplo, la exclusión de la necesidad de traducción de aquéllos pasajes de documentos esenciales que se consideren no relevantes en términos de defensa o la posibilidad de acudir a una traducción o resumen oral (aunque con reflejo documental posterior y grabación audiovisual).

Como aspecto cuestionable de la nueva regulación aparece la nula atención dispensada a las exigencias de calidad reclamadas por la Directiva a la hora de prestar el servicio. Merece la pena recordar que uno de los aspectos más meritorios de la Directiva era la apuesta que hacía el legislador europeo por su calidad. Lejos de limitarse a proclamar formalmente esta exigencia, daba un paso más en la línea de avanzar en derechos concretos y efectivos preconizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ampliando de manera significativa las responsabilidades de los Estados miembros más allá de la mera designación de intérprete, mediante la adopción de dos mecanismos que implicaban la atribución de obligaciones positivas.

De una parte y de forma preventiva, con la exigencia de que adoptaran medidas de control en relación con el nivel de cualificación que se les haya de exigir y la creación de un registro o registros de traductores e intérpretes independiente y debidamente cualificados, accesible a los abogados o autoridades pertinentes.

En segundo lugar y para el caso de que la interpretación o traducción finalmente no haya cumplido las exigencias de calidad, con la obligación impuesta a los Estados de habilitar algún cauce para que el sospechoso, acusado o persona sujeta a una orden europea de detención y entrega pueda presentar una reclamación al respecto que eventualmente y en el caso de la interpretación permita a las autoridades la sustitución del intérprete designado.

Se trata de soluciones tan bienintencionadas como, lamentablemente, poco atendidas por buena parte de los Estados miembros; entre ellos, España que dejó tales exigencias de calidad mal resueltas cuando no directamente incumplidas. A fecha de hoy todavía se sigue a la espera de la creación del Registro oficial de traductores e intérpretes independientes y debidamente cualificados

8. Cfr. art. 3.4 de la Directiva y 123.3 LECrim.

a que aludía la Directiva. Y pese a contar con medios de impugnación idóneos para denunciar la ausencia de traducción/interpretación o las deficiencias en la calidad de la prestada, la jurisprudencia no parece haber variado su tradicional postura restrictiva sobre sus consecuencias al imponer la exigencia de indefensión material sobre indefensión formal. Baste recordar aquí la STS 4/2017, de 29 de junio, en la que pese a reconocer la vulneración del artículo 123 1 d) LECrim. (por no haber sido traducido al ruso el auto de apertura juicio oral y escrito acusación, documentos esenciales de obligada traducción según la Directiva y la propia LECrim) no considera que se haya producido indefensión material alguna y desestima el recurso.

Semejante decisión, comprensible desde la perspectiva casacional, hace un flaco favor a la implantación, consolidación y desarrollo del derecho a la traducción que Europa trata de fomentar, pues en lugar de generarse una cultura de Jueces y Magistrados sometidos (únicamente) al imperio de la ley por mandato constitucional (art. 117.1 CE) parece que estarían autorizados a infringir la legalidad ordinaria siempre que ello no llegara a producir (¿o no pudiera acreditarse?) una indefensión material derivada de tal infracción[9].

III. Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y su implementación en España por Leyes 5/2015 (Orgánica) y 13/2015

Dos años después, se aprobó la segunda de las Directivas de armonización, centrada sobre la medida B del Plan de trabajo, que establece normas mínimas comunes dirigidas facilitar de manera inmediata al sospechoso, información básica sobre sus derechos procesales y sobre los hechos que se le atribuyen (con particular atención al detenido); y al acusado, información detallada sobre el contenido de la acusación. En uno y otro caso, de forma instrumental, complementado con el derecho de acceso a los elementos esenciales del expediente que obren en poder de las autoridades competentes y resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva la legalidad de la detención y el derecho de acceso a los documentos y pruebas materiales con la antelación necesaria para permitir el ejercicio del derecho de defensa.

De la importancia y complejidad que entraña la correcta implementación de este fundamental derecho, indispensable para hacer realidad además el de

9. Campaner Muñóz, J., «Problemas derivados de la transposición de la Directiva 2010/64/UE», Arangüena Fanego, C. y De Hoyos Sancho, M. (dirs) y Vidal Fernández, B. (coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.103.

defensa, da una buena idea el tardío[10] y escalonado proceso de transposición seguido en España. A la primera modificación de la LECrim operada por la ya citada Ley orgánica 5/2015, de 27 de abril (que dio nueva redacción a los arts. 118, 302, 505, 520 y 775), se le sumó, meses después la de la ley 13/2015, de 5 de octubre que reformó de nuevo los arts. 118 y 520, introdujo un nuevo art. 520 ter y modificó el art. 527.Y en fecha reciente se ha completado esta regulación en lo relativo a la información de derechos que se ha de facilitar al reclamado en virtud de una orden europea de detención y entrega mediante la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM), para regular la Orden Europea de Investigación y, en lo que aquí interesa, da nueva redacción al art. 50 de la LRM para garantizar el derecho a la información.

Aunque la mayor parte de los derechos que garantiza la norma europea ya se encontraban reconocidos y debidamente garantizados por la legislación española, especialmente desde 1978 tras la actualización de la LECrim a los postulados constitucionales, la implementación de la Directiva ha exigido algunas modificaciones de relevancia para la mejora del estatuto del investigado/encausado; particularmente del privado de libertad. Una lectura de la nueva redacción que han recibido en 2015 los arts.118, 520 y 775 (entre otros), así lo acredita.

Por un lado, se contempla el derecho a ser instruido de los derechos procesales, tanto de toda persona a quien se atribuya un hecho punible (art. 118) como de toda persona detenida o presa (art. 520), con una cierta pretensión de exhaustividad. Junto a ello, se reconoce el derecho del investigado a ser informado de los «hechos que se le atribuyen» (lo que incluye su calificación jurídica provisional), «así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados»[11] con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa [art. 118.1. a)] y el derecho de los detenidos o presos de ser informados de «los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad» así como del «plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención» (art. 520.2). Por último, y de forma instrumental y complementaria al derecho anterior, se recoge el de examinar las actuaciones de los investigados con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso con anterioridad a que se le tome declara-

10. El plazo de transposición había vencido el 2 de junio de 2014.

11. Cambios de los que el Juez deberá informar al investigado con prontitud, pudiendo hacerlo mediante una exposición sucinta pero suficiente para permitir el ejercicio del derecho de defensa, comunicada por escrito a su Abogado defensor (art. 775.2 LECrim).

ción [art. 118.1.b)] y el derecho de los detenidos (o presos) de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2.d)].

Con seguridad, lo más destacable de esta nueva regulación es en cuanto al derecho a la información del investigado, el reconocimiento expreso del derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y, en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración, que no ha de encontrar más limitación que los casos en que se hubiera acordado el secreto del procedimiento o se trate de piezas separadas de medidas de investigación tecnológica[12]. Y, asimismo, la obligación de actualizar la información sobre los hechos imputados y el objeto de la investigación siempre que se produzca un «cambio relevante», relevancia que presenta la dificultad de su concreción, pero que puede obedecer al descubrimiento de un nuevo hecho punible conexo o a la modificación del investigado, o a un cambio en el título de imputación siempre que no se trate de delitos homogéneos[13].

Tanto o más importantes son los avances que se producen en relación con el derecho a la información del detenido. Pues además de ampliar el catálogo de derechos de los que se le debe informar [c.fr. art. 520.2 d), f)][14], mejora notablemente la forma en que debe suministrarse la información, cuidando de que lo sea en un lenguaje comprensible y accesible al destinatario en atención a sus circunstancias personales, con la exigencia de que se facilite este catálogo de derechos por escrito y que el detenido pueda conservarlo en su poder para consultarlo en cualquier momento mientras dure la detención[15].

---

12. A los que se suman los particulares supuestos de piezas separadas que se tramiten en los casos de protección de testigos o peritos o los de intervención de un agente encubierto, en los que el derecho de acceso quedaría condicionado por las previsiones contenidas en la Ley orgánica 19/1994, de 23 de diciembre de protección de testigos y peritos en causas criminales y en el art. 282 bis LECrim.

13. *Vid.* Circular 3/2018 de la Fiscalía General del Estado de 1 de junio, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, p.34-38.

14. Aunque contenga alguna censurable omisión (v.gr. no exigir —como sí hace la Directiva— que la información de derecho quede debidamente registrada).

15. Aunque la regulación en términos generales es acertada, el cumplimiento en la práctica de las nuevas exigencias no lo ha sido tanto. Al menos en los primeros momentos de vigencia, en los que ha sido habitual que en la información facilitada a los detenidos en las Comisarías de Policía se omitiera la relativa al derecho que les asiste a impugnar la detención o a acceder al expediente policial, así como cierta reticencia a que el catálogo de derechos facilitado por escrito pueda ser conservado por el detenido mientras dure la situación de libertad aduciendo motivos de seguridad (evitar que los detenidos puedan autolesionarse con el filo de la hoja de papel). A ello se une el generalizado defecto, también común por lo demás a todos los Estados miembros, de facilitar la información en términos poco claros sin esforzarse porque esa información sea realmente comprensible para el receptor. *Vid.* sobre estas cuestiones, el Informe de RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN (2018): *Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales. Informe de investigación. España*, www.rightsinternationalspain.org. Y FAIR TRIALS (2017) *Understanding your rights in police custody. The European Union's model of Letters of Rights*, https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/2017/06/LOF-Summary-Spreads.pdf

Y la posibilidad que ahora se confiere al detenido de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención. Se trata de una cuestión de crucial importancia que sin embargo ha tenido que vencer resistencias y/o una cierta inercia instalada en las prácticas policiales de buena parte de los Estados miembros; también del nuestro. Y es muy posible que en buena medida se deba a la poco acertada (por restrictiva) transposición de este extremo en la LECrim. que sólo permite al detenido y/o a su Abogado el acceso a los elementos esenciales para impugnar la detención, pero no la *entrega* efectiva de los documentos, que es lo que exige la Directiva.

La disparidad es manifiesta y los problemas en la práctica no se han hecho esperar.

Al punto de que se han sucedido dos sentencias del Tribunal Constitucional (13/2017, de 30 de enero y 21/2018, de 5 de marzo) concediendo el amparo por vulneración de este derecho al detenido, con lesión consecuente del derecho a la libertad garantizado en el art. 17 de la Constitución. Particularmente relevante, la segunda de las citadas, en la que el Alto Tribunal sienta doctrina en términos generosos sobre el alcance del derecho a conocer las razones de la detención policial, el correlativo deber de información que recae sobre los poderes públicos, y su conexión instrumental con el reconocido derecho de acceso a las actuaciones durante la detención y el propio derecho de asistencia letrada al detenido (art. 17.3 CE), así como las posibilidades de control que, en esta materia, ofrece el procedimiento de habeas corpus.

Y clarifica varias cuestiones de importancia. Por una parte, la del momento en que es posible ejercer este derecho de acceso que sitúa en el intervalo que se produce «después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado policialmente por primera vez»; por tanto, siempre «antes de que haya finalizado la redacción del atestado, del que la declaración del sospechoso es un elemento nuclear». Por otra, la de a quien corresponde instar el ejercicio de este derecho: al propio detenido, mediante solicitud de los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder. Igualmente, la forma en que deberá producirse el acceso solicitado: «de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad, dejando constancia en el procedimiento del acceso facilitado». Finalmente, y en cuanto a la determinación de cuales sean los elementos esenciales a los cuales ha de garantizarse el acceso, por ser necesariamente casuística ya que depende de las circunstancias que han justificado la detención, se limita a ejemplificar algunos supuestos y a advertir expresamente, eso sí, de que este derecho no incluye en sede policial el acceso al atestado en su integri-

dad, ni otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención; únicamente aquellos extremos del atestado que tengan que ver con la detención, los hechos y los motivos que la justifican, sólo aquellos cuyo conocimiento pueda contribuir al ejercicio del derecho de defensa frente a esa detención, integrarán el contenido del derecho de información del detenido. Todo ello sin perder de vista la necesidad de ponderar otros intereses que también deben ser protegidos en la tramitación del proceso penal, como la especial protección de las víctimas y testigos en los casos en que resulte necesaria o los supuestos en que deba posteriormente declararse el secreto de las actuaciones.

Vaya por delante lo clarificador de la sentencia y la relevancia que ha tenido y debe tener para unificar criterios y provocar una correcta aplicación de los derechos en cuestión. Sin embargo, permanecen algunas dudas, advertidas fundamentalmente desde la abogacía, crítica con la negativa a un acceso pleno al atestado.

En primer lugar, al no concretar para la praxis unos parámetros claros, determinantes y de difícil discusión aboca cualquier discrepancia con los agentes policiales sobre si se ha cumplimentado debidamente el derecho (y correlativo deber) de información y qué elementos de las actuaciones resultan esenciales en el caso concreto, al procedimiento de habeas corpus para que la autoridad judicial dirima la controversia. Procedimiento que se ha revelado ineficaz hasta la fecha para la solución de estas lesiones, dada la escasa permeabilidad a este tipo de denuncias y la frecuencia de su inadmisión a limine; más aún cuando de derivar en un recurso de amparo, la estimación del mismo y declaración de nulidad del auto dictado en el procedimiento de origen de habeas corpus deviene inocuo si no viene acompañado de un sistema de compensación de la lesión.

Por otra parte, resulta comprometido trasladar toda la carga de exigibilidad de derechos al propio detenido, obviando que como lego en derecho y dada su situación de privación de libertad, es difícil que pueda exigirlos de manera eficaz y que debe ser el letrado quien canalice cualquier petición de derechos si realmente se pretende que sean efectivos.

La reciente Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2018, publicada poco después de la sentencia con la finalidad expresada de salir al paso de la disparidad de criterios observados hasta la fecha, ha establecido algunas pautas de actuación al respecto nada desdeñables de cara a mejorar la seguridad jurídica en un ámbito tan sensible. Y tiene el acierto de abordar además algunas cuestiones de importancia (v.gr. modo de acceso, gratuidad del procedimiento, exigencias particulares en determinadas actuaciones concretas —incomunicación

del detenido; detención en espacios marinos; límites del acceso en caso de estar decretado el secreto— y procesos especiales), apenas esbozados en la ley.

IV. Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre, reguladora del derecho a la asistencia de abogado y de los derechos del detenido a comunicarse con terceros y con las autoridades consulares durante la privación de libertad. Un nuevo ejemplo de transposición compleja y escalonada

La tercera Directiva de armonización tenía como objetivo específico el establecimiento de normas mínimas en relación con el derecho de acceso a un abogado en un proceso penal o en un procedimiento de entrega en virtud de una euroorden y el derecho a comunicar a una tercera persona (pariente, empleador o autoridad consular) el hecho de la detención y el lugar donde se encuentre, así como a comunicarse con ellos mientras dure la privación de libertad.

De los dos aspectos que aborda la Directiva, el relativo a la asistencia letrada es sin duda el más relevante y era perentoria la necesidad de su armonización mediante normas mínimas. Las diferencias sobre la extensión, reconocimiento y aplicación de este derecho en los Estados miembros de la UE resultaban excesivas y el tradicional argumento de que es necesario respetar las tradiciones jurídicas de aquéllos no podía conducir a amparar regímenes que seguían chocando con el modo en que debía ser interpretado para cumplir con las exigencias del proceso equitativo que proclama el art. 6 del CEDH.

La Directiva reconoce el derecho a la asistencia de letrado a sospechosos y acusados de modo que les permita ejercer su derecho de defensa de manera efectiva en condiciones bastante generosas, siendo sus principales aciertos la concreción del momento en el que el derecho surge y la determinación de su contenido mínimo. Toma como punto de partida la doctrina sentada por el TEDH en su relevante sentencia *Salduz*, cuyos principios acoge, refuerza y clarifica asegurando su aplicación uniforme y práctica.

Ha exigido, a buena parte de los Estados miembros —también al nuestro—, realizar modificaciones de cierto calado en sus legislaciones para, entre otros extremos, adecuar el régimen de la entrevista del letrado con el detenido en sede policial (con carácter de reservada, secreta y previa al interrogatorio), o garantizar la confidencialidad que ha de acompañar a las entrevistas entre investigado/acusado y su Abogado.

La transposición llevada a cabo por nuestro legislador, escalonada y compleja (dos leyes en 2015; otra en 2018) ha permitido mejorar notablemente una regulación que, en principio, ya era bastante aceptable y se situaba entre las más garantistas de la UE al haber apostado por una defensa técnica preceptiva con carácter general, exigible también para el detenido, y articulada ante todo en la posibilidad de hacer uso de un abogado de libre elección, excepción hecha de los supuestos de incomunicación cuyas condiciones, por cierto, también se han actualizado y mejorado sensiblemente especialmente teniendo en cuenta que los efectos de la incomunicación —y este es uno de ellos— pasan a ser modulados por el Juez en vez de imponerse, como hasta ahora, todos ellos cumulativamente *ex lege*.

Entre las principales novedades, la posibilidad de una entrevista reservada previa al interrogatorio de cualquier autoridad, también la policial, únicamente prevista hasta entonces para el proceso de menores y la indicación expresa de que deberá contarse con su presencia sin demora injustificada[16] en todas sus declaraciones, así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos [arts.118.2 y 520.6.b) y d) LECrim] encomendándole la misión de informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de las diligencias que se le soliciten; entre ellas, la recogida de muestras mediante frotis bucal. La mejora de las condiciones de prestación de asistencia letrada de oficio al reducirse a la mitad el plazo de tiempo de que dispone el Abogado para acudir al centro de detención una vez recibido el encargo (art. 520.5). La fijación —art. 520.8— de los requisitos que debe observar la renuncia para ser eficaz en aquellos supuestos en que se admite —delitos contra la seguridad vial—. Y, especialmente, el reconocimiento expreso —arts. 118.4 y 520.7— del carácter confidencial de las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado, sin más excepción en principio que la prevista en el art. 527 para las situaciones de detención o prisión incomunicada justificada en graves razones explicitadas en el art. 509 y en tanto ésta se mantenga.

Sorprendente fue, en cambio, la escasa atención que la LRM prestó a la Directiva, al punto de que omitió incluir en el articulado que se ocupa de la ejecución de una orden de detención europea el novedoso aspecto de la doble defensa que prevé la norma europea[17]. Extremo que tres años después y mediante la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2018 anteriormente citada, por fin ha corregido merced a la reforma de los arts.39 y 50 LRM.

---

16. Aunque, en línea con las excepciones de la Directiva, el art. 520.2.c) permite recurrir a una asistencia letrada prestada por teléfono o videoconferencia si razones de lejanía geográfica impidieran su presencia.

17. Sin perjuicio de que la práctica judicial si hubiera atendido en cambio al mandato de la Directiva, puesto que no ha dudado en aplicar directamente sus prescripciones.

En lo que se refiere al derecho a informar de la privación de libertad y a comunicarse durante ella, se ha modificadoel art. 520 de modo que recoge ya expresamente tanto el derecho a informar de la privación de libertad y del lugar de custodia a un tercero o a la oficina consular de su país si fuera extranjero [apartado 2. e)] como el derecho a comunicarse telefónicamente con él[18] en presencia de un funcionario de policía [o de otro tipo nombrado por el Juez o el Ministerio Fiscal, apartado 2 f)]. Y, asimismo, se admite para los extranjeros con más de una nacionalidad, el derecho de elegir cuál será la autoridad consular receptora de la información de la privación de libertad y con la cual comunicarse [apartado 3)].

Especialmente significativo resulta que algunos de los derechos indicados no se puedan excepcionar aún acordada la incomunicación del detenido[19]. La nueva redacción de los arts. 520.2.e) y 527.1 LECrim no deja lugar a dudas de que la intención de legislador español ha sido garantizar que «Nadie será detenido en secreto» (art. 17.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas) y aprovechar así la transposición de la Directiva para poner fin a uno de los aspectos de la incomunicación que más críticas había recibido en los informes internacionales[20].

V. Directiva (UE) 2016/343, 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. Su ignorancia por el legislador español

Esta nueva norma se aleja de las Directivas precedentes y de la propia *Hoja de ruta*, porque sus disposiciones enuncian en buena medida principios generales del derecho, en lugar de proporcionar el marco procesal para la protección de derechos concretos del sospechoso o acusado.

Esto planteaba una serie de desafíos en relación con la transposición y la aplicación efectivas de la Directiva; entre otras cosas porque la mayoría de los Es-

---

18. Desde un teléfono «oficial», previa solicitud al detenido de que «identifique al interlocutor, así como su lugar de residencia y que proporcione el teléfono del mismo», llamada que tendrá una duración máxima de cinco minutos (conforme al *Manual «Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial»*, *pp.* 45 y 46 aprobado por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial en sesión de 3 de abril de 2017)

19. Así el derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Y el de los extranjeros a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.

20. Juan Sánchez, R., «El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español», *Indret*, 4/2017, pp. 19, 20 y 25.

tados miembros ya reconocen y protegen los derechos sobre los que se proyecta la norma europea, y existía el riesgo de que no vieran la necesidad de revisar su legislación nacional vigente.

Esto es lo que finalmente ha sucedido en términos generales. Y España no ha sido una excepción.

Aunque el plazo para su transposición ha vencido el 1 de abril de 2018, no se ha tomado ninguna medida legislativa al respecto; acaso en la idea de que la mayor parte de las normas mínimas que contiene la Directiva, las de carácter estrictamente procesal, ya se encuentran debidamente atendidas en la vigente legislación procesal, como es el caso del derecho a estar presente en juicio[21] y la mayoría de las exigencias relacionadas con la presunción de inocencia. Y que las restantes, de naturaleza extraprocesal en cuanto pretenden preservar extramuros del proceso el derecho a la presunción de inocencia, precisan antes que una actuación legislativa, de un cambio de actitud en el trato con los detenidos o una mayor consideración en el tratamiento que los medios de información efectúan de asuntos objeto de investigación judicial.

Pero la nula atención dispensada por el legislador español no debe conducir a engaño sobre la relevancia de la nueva Directiva. De la potencialidad de las normas que incorpora da buena idea el hecho de que el TJUE haya sido llamado a pronunciarse a título prejudicial sobre su contenido hasta en cinco ocasiones en poco más de dos años: dos de ellas en relación a la presunción de inocencia como regla de tratamiento y su difícil armonía con las medidas cautelares[22] (aspecto éste, por cierto, en el que existe un vacío a llenar en nuestra legislación); las tres restantes referidas al derecho a estar presente en juicio y las repercusiones que puede tener su eventual restricción en un posterior procedimiento de entrega al amparo de una orden de detención europea[23].

---

21. Téngase en cuenta que en nuestro sistema procesal penal la presencia del acusado en el proceso constituye la regla al punto de no poder ser celebrado el juicio en su ausencia más que con carácter excepcional y limitada a delitos leves o, tratándose de otros delitos, a aquéllos tramitados por el cauce del proceso penal abreviado en los que la pena solicitada no exceda de dos años si es privativa de libertad o de seis si fuera de otra naturaleza, estableciéndose un remedio para impugnar la sentencia firme dictada en ausencia.

22. SSTJUE de 27.10.2016, C-439/16 PPU, *Milev (1)* (ECLI:EU:C:2016:818) y de 19.09.2018, C-310/18 PPU, *Milev (2),* (ECLI:EU:C:2018:732)

23. SSTJUE de 10.08.2017, asuntos C-270/17 PPU *Tupikas,* EU:C:2017:628, y C-271/17 PPU *Slawomir Zdziaszek*; EU:C:2017:629. Y STJUE de 22.12.2017, asunto C-571/17 PPU *Ardic*, EU:C:2017:1026. Todas ellas referidas a la interpretación del art. 4 bis de la Decisión marco 2002/584/JAI, norma que en el ámbito de la euro orden tenía una vocación codificadora en cuanto a los límites de la entrega en casos de condena en ausencia.

VI. Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de menores sospechosos o acusados en los procesos penales. Próxima transposición

La finalidad de esta nueva Directiva 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 en el que se vean inmersos y ejercer su derecho a un proceso equitativo, con el objetivo adicional de prevenir la reincidencia y fomentar su reinserción social tomando en cuenta el interés superior del menor.

Uno de los principales aciertos de la Directiva es el 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 detención, con independencia de que las legislaciones nacionales tomen o no esa referencia de edad como base para determinar la responsabilidad penal.

En cuanto a los derechos que en particular incorpora, se concretan en los siguientes: derecho a la información con carácter amplio, incluyendo su facilitación al titular de la patria potestad; derecho a la asistencia letrada y a la asistencia jurídica gratuita; derecho a una evaluación individual y a un reconocimiento médico; adopción de garantías específicas en relación con la privación de libertad considerada ésta como última ratio de duración limitada y sometida a revisiones periódicas a intervalos razonables; derecho a una tramitación rápida y diligente de los asuntos informada por las exigencias del proceso equitativo y por el principio de interés superior del menor, como se manifiesta en el derecho a estar presente y participar en el propio juicio, en el derecho a estar acompañado por el titular de la patria potestad durante el proceso y en el derecho a la protección de la vida privada.

Con un plazo de transposición que expira el 11 de junio de 2019, exigirá del legislador español una revisión de la Ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor para, entre otras cuestiones, determinar de forma precisa la forma en que se hará efectivo el derecho a la información de los menores (personas encargadas en cada momento de hacerlo efectivo), concreción en cada etapa o fase procesal del derecho del menor a ser escuchado, definir claramente cómo y cuándo se realizará su evaluación individual, así como su correspondiente actualización a lo largo del proceso e introducir un

control periódico de oficio de las medidas cautelares que conlleven privación de libertad[24].

Pero considero necesario aprovechar la ocasión 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, así como de las precedentes sobre derecho a la información y derecho a la presunción de inocencia.

Me refiero por ejemplo a la posibilidad, aceptada incluso por el Tribunal Constitucional, de poder prescindir de la presencia del menor investigado durante la tramitación del expediente cuando el interés superior del menor así lo aconseje; posibilidad ésta que a partir de este momento ni siquiera ha de admitirse 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 la preceptiva evaluación individual del menor que impone ahora el art. 7 de la Directiva.

También a la necesaria incorporación en la ley de varios aspectos que hubieran debido ser incluidos 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 idioma[25]. E 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 medida[26].

Asimismo y en atención a las exigencias de la Directiva 2012/13/UE, incluir dentro de la ley orgánica 5/2000, el derecho del menor a ser informado con el grado de detalle suficiente de los hechos de los que se le acusa, de los detalles y las fases del procedimiento y de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Y que toda esa información se proporcione en un lenguaje claro y sencillo, que los menores puedan compren-

---

24. Seguimos en este punto a 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*, J.M. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 209-264; 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 y De Hoyos Sancho (dirs.) y Vidal Fernández (coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.177-200.

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

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

der[27], 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* adecuado[28] para el grado de comprensión lectora que tiene un menor de edad, sin mucha formación académica.

Finalmente, y esta vez en atención a las exigencias de la Directiva 2013/48/UE, hacer una mención expresa en la Ley orgánica 5/2000 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 caso; e introducir el derecho del menor a contar con un abogado 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), aconseja su inclusión expresa en el texto de la ley.

VII. Directiva (UE) 2016/1919, relativa a la asistencia jurídica gratuita. Su rápida transposición

Definida la asistencia jurídica gratuita como la financiación por un Estado miembro del coste de la defensa de los sospechosos, acusados y personas buscadas que permita el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado (art. 3), se impone a los Estados miembros la obligación de velar por que los sospechosos y acusados que no dispongan de recursos suficientes para sufragar la asistencia de un letrado reciban asistencia jurídica gratuita cuando el interés de la justicia así lo requiera.

Y a tal fin se prevé la concesión del derecho desde las primeras fases del procedimiento penal y con la debida diligencia; el establecimiento de un sistema de evaluación por los Estados miembros basado en criterios claros y uniformes que tomen en consideración bien los recursos económicos con que cuente el interesado, bien las exigencias de la justicia atendidas las circunstancias del caso (gravedad de la infracción penal y de la sanción a imponer, complejidad de la causa); control y seguimiento de la calidad en la asistencia jurídica gratuita prestada, incluida la formación de los abogados y la garantía de sustitución

27. *Vid.* arts. 17 y 22 de la Ley Orgánica 5/2000.

28. RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN, *Derechos procesales de los menores sospechosos o acusados en la Unión Europea. Informe Nacional España*, 2016, disponible en www.rightsinternationalspain.org, 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».

del letrado inicialmente asignado para prestar el servicio si concurrieren razones específicas que lo justifiquen.

Probablemente por su íntima conexión con la Directiva 2013/48/UE y, quizás, también por la amplia cobertura que el derecho español vigente hace de esta garantía, mucho más generosa que los mínimos que ésta ahora plantea, esta vez la transposición se ha adelantado y ha resultado bastante sencilla. En efecto, por ley 3/2018, se ha modificado la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para incorporar en ella una serie de novedades acordes con la nueva Directiva: generalización de la asistencia letrada y en su caso gratuita a los delitos leves cuando así lo requiera expresamente el investigado/acusado y así se haya acordado por el Juzgado o Tribunal en atención a la entidad de la infracción y a sus circunstancias personales [nuevo art. 6.3.b) LAJG][29]; sustitución del letrado inicialmente designado, fijando el procedimiento y eventual impugnación de la decisión denegatoria, dando así un paso relevante para la efectividad del derecho (nuevo art. 21 bis LAJG).

Merece la pena citar aquí un pronunciamiento relativamente reciente de nuestro Tribunal Supremo anterior a la última reforma de la LAJG que se comenta. Se trata del Auto de la Sala Segunda de 7 de julio de 2017 que anula la designación de abogado de oficio que se realizó en sede casacional para el condenado por ausencia de defensa efectiva, declara la nulidad de lo actuado con posterioridad, e interesa el nombramiento de un nuevo Abogado que interpusiera el recurso procedente. Todo ello con cita del art. 3.1 de la Directiva 2013/48/UE, haciendo real esa actitud proactiva y positiva de los Estados en la tutela de este derecho reclamada por el TEDH en varias sentencias dictadas con ocasión del art. 6 CEDH en las que reitera que la obligación del Estado de proveer al acusado de una defensa de oficio no se agota en su mera designación, sino que se extiende a asegurar su efectividad lo que exige, llegado el caso, la adopción de medidas positivas dirigidas a facilitar una defensa efectiva y concreta.

VIII. Algunas reflexiones finales

La rápida panorámica que hemos observado confrontando las líneas fundamentales de las Directivas en materia de garantías procesales con la legislación española de transposición, pone de manifiesto un apreciable reforzamiento en la LECrim. de los derechos básicos que componen el estatuto procesal del investigado/acusado.

---

29. Novedad de especial relevancia teniendo en cuenta que, como es bien sabido, tal intervención letrada sólo resulta preceptiva cuando el delito está sancionado con pena de multa superior a seis meses.

Aun cuando suele ser habitual criticar la falta de audacia del legislador europeo al legislar en esta materia, lo cierto es que las garantías fijadas por las Directivas europeas, aunque de mínimos, son desde luego más elevadas que las reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su transposición ha exigido modificaciones de cierto calado en las legislaciones internas de todos los Estados miembros; también del nuestro.

Sus repercusiones se dejan sentir no sólo en situaciones transfronterizas; también en los procesos penales internos siendo especialmente destacable esta finalidad armonizadora de las legislaciones procesales de los Estados miembros y esta incuestionable mejora que en ellas se ha producido. Y ello pese a la censurable actitud de buena parte de los Estados a la hora de llevar a cabo su transposición. Siendo frecuente que se realice bajo una lógica minimalista, tratando de cambiar lo menos posible lo ya existente, sin aprovechar la ocasión para hacer una reflexión detenida sobre institutos obsoletos y a veces inadecuados de cara a una reforma rigurosa y completa que mejore la legislación vigente. Sin olvidar que, al menos en lo que al legislador español se refiere, las reformas en los últimos años se pretenden hacer «a coste cero», sin guardar el mínimo equilibrio con el incremento de la carga de trabajo y las nuevas responsabilidades y cometidos que hace recaer sobre determinados operadores jurídicos.

La corrección y ambición en este punto tiene además una especial importancia a la hora de consolidar esa confianza recíproca sobre la que descansa el funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo, base de la cooperación judicial. No se olvide que ese nivel de protección fijado por las Directivas europeas fija el estándar mínimo exigible «ad extra»; esto es, a la hora de aplicar instrumentos de reconocimiento mutuo en la cooperación judicial transfronteriza, de conformidad con la doctrina del TJUE plasmada en su sentencia de 26 de febrero de 2013, en el conocido caso *Melloni*. Y si algo ha quedado demostrado en estos años es que la confianza mutua que se basa en el respeto mutuo, la garantía de derechos procesales y valores comunes, aunque se presuma, no es confianza ciega.

Por lo demás, los avances para progresar en la consolidación de un espacio de justicia europeo, sustentado en unos derechos y garantías mínimos comunes no se agota en la mera tarea de transposición de las normas comunitarias. Hace falta sí que esa labor legislativa que incumbe al legislador nacional se realice con corrección, lo que —como hemos visto— no siempre sucede; pero también que quienes están llamados a aplicar tales normas lo hagan correctamente, huyendo de interpretaciones restrictivas o en franca contradicción con los objetivos pretendidos y las exigencias indicadas.

6 | La instrucción como falsa «primera instancia» del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo

Jordi Nieva Fenoll
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Once arrastres del sistema inquisitivo en el proceso penal actual. A. La competencia mixta de algunos juzgados de instrucción y el enjuiciamiento de delitos leves. B. Un juez como director de la instrucción. C. La imputación: una acusación de oficio. D. La extraña vigencia de la incoación de oficio. E. El peso aplastante de la instrucción sobre el juicio oral. F. La instrucción: una extraña «primera instancia».G. La ridícula extensión de la regulación del juicio oral. H. El abuso del «sobreseimiento provisional». I. Algunos restos de prueba legal. J. El absurdo derecho a la última palabra. K. El abuso de la prisión provisional. 3. La policía: un actor entonces inexistente. 4. Hacia un modelo definitivamente acusatorio.

A Manuel Miranda Estrampes,
entrañable colega y admirable procesal-penalista. Siempre demostró tanta excelencia como humildad.

1. Introducción

Muchas veces los procesalistas recomendamos la lectura de la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Aunque alguno de sus pasajes está fuera de época, en su conjunto es un texto bien escrito, con un lenguaje sencillo y directo, y que sobre todo no ahorraba críticas a la lamentable situación judicial entonces existente. Aunque sin duda la intención del texto era defender la reforma —por otra parte como cualquier exposición de motivos—, las palabras del legislador tuvieron que levantar muchas ampollas entre

varios jueces de la época[1], y lo cierto es que la valentía del ministro que inspiró el cambio alentó una situación como la presente, que pese a todos los pesares es infinitamente mejor que la de 1882.

Con todo, repasando ese texto, uno se encuentra con la tremenda sorpresa de que muchos de los problemas que menciona como propios de su tiempo, siguen totalmente vigentes a día de hoy. La explicación a ello es multifactorial, como iremos viendo en cada caso. En algunos puntos una nueva ley por sí sola, sin más, no era eficaz desde un principio para afrontar el problema en concreto. En otros, el inconveniente fue la falta de infraestructuras judiciales, endémica en aquel momento. También hay que sumar la absoluta falta de formación de los jueces en el nuevo sistema, lo que claramente hizo que de algún modo intentaran seguir aplicando en buena medida el antiguo, situación que se arrastra, aunque sea sorprendente, hasta el presente en varios casos. Tampoco se puede descartar la sempiterna resistencia al cambio tan propia de la profesión jurídica, tan absurdamente ligada a la «tradición» y tan alejada, por lo general, del método científico en beneficio de los hábitos escolásticos medievales, que aún son perfectamente perceptibles en tantos y tantos escritos de la doctrina. Sin el «argumento de autoridad» —de los autores o de la jurisprudencia— buena parte de la literatura jurídica actual simplemente no existiría. Falta muchísima creatividad y sobre todo experimentación previa a las reformas, y sobra argumentación aparente, y en el fondo falsaria, al carecer tan habitualmente de un sustento de datos de la realidad.

Pero volviendo al tema, el hecho cierto es que pese a todas las reformas y a un evidente cambio de época acaecido —en varios países— sobre todo en el último cuarto del siglo XX[2], en algunos aspectos verdaderamente centrales seguimos en el siglo XIX, lo que equivale a decir, en determinados puntos, en la Edad Media. Visto con frialdad, el panorama resulta claramente sorprendente y decepcionante.

En el presente trabajo trataré de descubrir los puntos más importantes de esos arrastres del pasado, con la finalidad de que puedan ser corregidos cuanto antes y no sean heredados por las próximas reformas, al menos sin consciencia

---

1. Decía la propia E. de M: «*Quizá se tache de exagerada e injusta esta crítica de la organización de nuestra justicia criminal. ¡Ojalá que lo fuera! Pero el Ministro que suscribe no manda en su razón y está obligado a decir a V. M. la verdad tal como la siente, que las llagas sociales no se curan ocultándolas, sino al revés, midiendo su extensión y profundidad y estudiando su origen y naturaleza para aplicar el oportuno remedio.*» (…) «*Todas estas concesiones al principio de libertad, que a una parte de nuestros Jueces y Magistrados parecerán sin duda exorbitantes…*»

2. Probablemente como consecuencia de la impronta que supuso la reforma alemana de 9 de diciembre de 1974, que confió la instrucción al ministerio fiscal: «Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG)», *Bundesgesetzblatt*, 1974, n. 132, 11-12-1974. https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl174s3393.pdf%27%5D__1549615998240.

de que se trata de aspectos trasnochados que convendría que fueran eliminados definitivamente, y no con el simple argumento de su antigüedad, lo que sería una falacia, sino por no existir una razón científica para mantenerlos.

A día de hoy, un legislador reformista que pretenda la excelencia no se puede limitar a repetir lo que ya existe en buena medida. El cambio de paradigma debe ser total, al menos con respecto a la fase de instrucción.

2. Once arrastres del sistema inquisitivo en el proceso penal actual

Una de las afirmaciones que más pueden sorprender es que el proceso penal actual sigue siendo en buena medida inquisitivo, y no sólo en España. Para confirmarlo, basta darse cuenta de que el peso de la investigación criminal, y muchas veces de la sentencia, suele estar en las actuaciones policiales, y sobre ellas no hay transparencia suficiente todavía. En realidad, adolecen de una alarmante falta de regulación que hace que muchas de ellas estén en una especie de limbo jurídico hasta que son enviadas al infierno de la prueba ilícita por los jueces, o bien, con enorme frecuencia, al «cielo» populista de las condenas, en detrimento tantas veces de la presunción de inocencia, que sigue sin ser comprendida[3] casi 2.000 años después de que la enunciara Ulpiano[4].

Pero al margen de ello, que ya es lo suficientemente alarmante, quedan directamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal claros vestigios del antiguo sistema inquisitivo que tendrían que haberse suprimido hace bastante tiempo, y que curiosamente no son realmente los que la jurisprudencia ha identificado con mayor vigor, entre ellos la prueba de oficio[5] o las posibilidades del juez de seguir una actuación independiente de la acusación en el juicio oral[6]. Ambas han sido cuestionadas o suprimidas cubriéndose bajo el manto de un supuesto respeto del «principio acusatorio». Ello es en parte cierto en cuanto a la prueba de oficio, aunque sería bastante más apropiado decir que se trata más bien de una implementación parcial del principio de aportación de parte —el contrario

3. Lo denuncié reiteradamente en Nieva Fenoll, *La duda en el proceso penal*, Madrid 2013.

4. Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: «*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.*» Trad. «*Pero Trajano respondió por rescripto a Adsiduo Severo que nadie debía ser condenado por sospechas: es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente.*»

5. STS 413/2015, 30-6-2015, STS 276/2012, 2-4-2012, STS 306/2003, 4-4-2003, STS 1100/2002, 13-6-2002, STS 1186/2000, 28-6-2000.

6. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 2-12-2006: «*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.*»

al inquisitivo— en el proceso penal, y no tanto algo que implique al «principio acusatorio». En cuanto a la segunda, estamos ante una a mi juicio errónea introducción del principio dispositivo[7], normalmente del ministerio público, en el enjuiciamiento criminal, en la que tiene probablemente bastante responsabilidad el legislador de 1882[8]. El sistema inquisitivo posee como única característica descriptiva incontrovertible el hecho de que quien acusa y quien juzga no pueden ser la misma persona[9]. Y los dos aspectos citados no afectan en absoluto a ese punto, tampoco el segundo, siempre que el juez se separe de la acusación una vez practicada la prueba. En donde sí cabe encontrar aspectos inquisitivos de nuestro proceso es en otros temas que han solido pasar inadvertidos, y de los que, en su mayoría, ya se quejaba el legislador de 1882 en la referida exposición de motivos. Enumeraré hasta once puntos al respecto.

a. La competencia mixta de algunos juzgados de instrucción y el enjuiciamiento de delitos leves

El primero de ellos se centra en la competencia mixta[10] de muchos juzgados de instrucción de la actualidad, que conservan la posibilidad de dictar sentencias

---

7. Conso, Giovanni, «Accusa e sistema accusatorio», *Enciclopedia del diritto*, V. I, 1958, pp. 369 y ss

8. *Vid.* E. De M.: «*Y suponiendo que algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica, llegase hasta este último límite del sistema acusatorio, el Gobierno de V. M. ha creído que la transición era demasiado brusca para este país, en que los Jueces han sido hasta ahora omnipotentes, persiguiendo los delitos por su propia y espontánea iniciativa, instruyendo las causas los mismos que habían de fallarlas, ejerciendo la facultad omnímoda de separarse de los dictámenes fiscales, así durante la sustanciación como en la sentencia definitiva, calificando según su propio juicio el delito y designando la pena, sin consideración a las conclusiones de la acusación y la defensa y empleando, por último la fórmula de la absolución de la instancia o, lo que es lo mismo, dejando indefinidamente abierto el procedimiento cuando, faltos de prueba para condenar, infundían en su mente las diligencias sumariales livianas sospechas contra el acusado. La sociedad debe marchar como la naturaleza, gradualmente y no a saltos: los progresos jurídicos deben irse eslabonando, si han de encarnar en las costumbres del país. Por esto, el Gobierno propone a V. M. la solución contenida en el artículo 733, que no altera en rigor la virtualidad del principio acusatorio. Según la estructura de la adjunta Ley, concluso el sumario, las partes hacen la calificación provisional del hecho justiciable. Sobre sus conclusiones versan las pruebas que se practican durante todo el juicio; y al término de éste, cuando ya no faltan más que los informes del Fiscal y del defensor del acusado, autorízase a una y otro para confirmar, rectificar o variar, en vista de las pruebas, su primera calificación. Al llegar a este trámite, todo, en rigor, está acabado; los Jueces han oído al reo y los testigos; han examinado las demás piezas de convicción y están en condiciones de apreciar con amplitud y acierto la naturaleza del hecho que es materia del juicio. Si en tal momento les asalta una duda grave sobre su verdadera calificación jurídica, ¿qué dificultad puede haber en que, hipotéticamente, sin prejuzgar el fallo definitivo y sólo por vía de ilustración, invite el Presidente del Tribunal al Ministerio público y defensor del procesado para que en sus informes discutan una tesis más. El principio acusatorio quedaría quebrantado si ésta no hubiera de discutirse y resolverse con arreglo a las pruebas ya practicadas, dando lugar a que se abriese de nuevo o se prorrogase el juicio, pero, como éste está ya terminado y no es permitido volver sobre él, todo lo que puede suceder es que el Fiscal o el Letrado necesiten veinticuatro horas para razonar sobre la hipótesis del Tribunal con la conveniente preparación.*»

9. Fonseca Andrade, Mauro, *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, Curitiba 2009, p. 246.

10. E. de M.: «*Pues bien, Señor, he aquí el conjunto de medios que el nuevo sistema ofrece para el logro de resultado tan trascendental; la sustitución de los dos grados de jurisdicción por la instancia única, la oralidad del juicio; la separación de lo civil y lo criminal en cuanto al Tribunal sentenciador; igual separación en cuanto a los Jueces instructores en ciertas ciudades populosas en donde hay más de un Juez de primera instancia y es mucha la criminalidad;*»

no sólo en los procesos por delito leve, que con frecuencia se han visto precedidos de una breve instrucción a la que incluso hace referencia implícita en el art. 779.1.2ª LECrim, lo que hace que ese enjuiciamiento se convierta en virtualmente —no formalmente— inquisitivo y, de hecho, contrario a lo dispuesto en el art. 219.11ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial[11].

Se trata, por tanto, de una indudable facultad inquisitiva que se ve psicológicamente reforzada por el hecho de que muchos de esos jueces dicten habitualmente sentencias en los procesos civiles. En suma, el juez de instrucción en estos casos no es sólo un juez recolector de vestigios de los delitos, que es lo que debiera ser, como le viene a encomendar el art. 299 LECrim, sino que también conoce de enjuiciamientos, lo que no presagia nada bueno en cuanto a que su función no es formular conclusiones sobre los hechos sino, como digo, simplemente recoger sus vestigios.

b. Un juez como director de la instrucción

Lo anterior se confirma claramente con el segundo punto: el hecho de que España sea uno de los pocos países[12] —junto con Francia[13], Luxemburgo[14] y sólo marginalmente Bélgica[15] — del «mundo acusatorio» en el que todavía un juez dirige la instrucción[16], y no el ministerio fiscal o la policía como sucede en el resto de países. Probablemente ese tema sería más bien simbólico si no fuera porque un juez, por su formación, por mucho que intente hacer solamente de recolector de indicios, como le encarga la ley, finalmente se ve compelido a enjuiciar, y no sólo a recoger vestigios, como ya se ha dicho.

Es decir, el problema no es tanto que sea un juez, un fiscal u otra autoridad la que se encargue de encontrar y compilar los vestigios, sino de que siendo un juez, para lo que ha sido instruído en sus estudios judiciales es para dictar sentencias, es decir, para formular conclusiones definitivas sobre los temas que se

---

11. «*Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.*»

12. Junto con Francia

13. Art. 49 Code de procédure pénale: Le juge d'instruction est chargé de procéder aux informations, ainsi qu'il est dit au chapitre Ier du titre III.

14. Art. 27 Code de procédure pénale: (1) Le juge d'instruction est chargé de procéder aux informations, ainsi qu'il est dit au chapitre Ier du titre III.

15. Art. 55 Code d'instruction criminelle. L'instruction est l'ensemble des actes qui ont pour objet de rechercher les auteurs d'infractions, de rassembler les preuves et de prendre les mesures destinées à permettre aux juridictions de statuer en connaissance de cause. Elle est conduite sous la direction et l'autorité du juge d'instruction.

16. Pese a las intenciones del legislador. *Vid.* E. de M.: «*El Ministro que suscribe, de acuerdo con sus colegas, no ha vacilado en aconsejar a V. M. que dé un paso más en el camino del progreso, llevando en cierta medida el sistema acusatorio al sumario mismo*…»

le plantean. Y eso es justamente lo que no debe hacer en la instrucción, como ya he dicho e iré repitiendo aún en los siguientes epígrafes, porque es la clave de toda esta cuestión.

c. La imputación: una acusación de oficio

El tercer punto reafirma todo lo anterior: los actos de imputación de los arts. 384 y 779 LECrim. Nuevamente se trata de manifestaciones inquisitivas, no por cómo están formulados dichos actos en la ley, sino por cómo se desarrollan en la práctica. El primero se refiere al auto de procesamiento del procedimiento ordinario. Tanto leyendo dicho artículo como acudiendo a las ideas expresadas por el propio legislador en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882[17], se saca la conclusión de que dicha imputación fue concebida como simplemente inicial, con la idea de que el reo pudiera defenderse desde un primer momento en el proceso[18]. Es decir, se trata sencillamente de dar la información al reo de que lo es y se le está investigando, como actualmente sucede con la imputación del art. 775 LECrim en el procedimiento abreviado.

Sin embargo, los jueces de instrucción pronto convirtieron ese auto de procesamiento en una resolución que no harían ya al principio de la instrucción, cuando corresponde, sino al final de la misma, en añoranza inquisitiva de la antigua «acta de acusación»[19] que elaboraban los jueces y con la que se abría el juicio, en ausencia de ministerio público o víctima que ejerciera la acusación particular. En dicho auto acostumbran los jueces a realizar una especie de «presentencia», expresando sus conclusiones fácticas sobre la instrucción, lo que no puede sino servir para condicionar a las acusaciones y al tribunal de juicio, es decir, todo lo contrario de lo que deseó el legislador de 1882. Y algunos jueces remachan el clavo en el auto de conclusión del sumario, en el que o bien transcriben el auto de procesamiento recientemente dictado, o bien amplían sus conclusiones completando esa sentencia espuria antes referida, cuando lo único que exige el art. 622 LECrim es razonar que se han practicado todas las diligencias necesarias, y no efectuar conclusiones sobre las mismas, más allá de una calificación preliminar de los hechos que no prejuzgue por su extensión la que deba hacer en su día el tribunal sentenciador.

---

17. Lo explico en Nieva Fenoll, *Derecho procesal III. Proceso penal*, Madrid 2017, p. 237.

18. *Vid.* E. de M.: «*En adelante, el Juez instructor, por su propia iniciativa y de oficio, podrá, o mejor dicho, deberá acordar que se comuniquen los autos al procesado desde el momento en que la publicidad y la contradicción no sean un peligro para la sociedad interesada en el descubrimiento de los delitos y en el castigo de los culpables.*»

19. Hasta el legislador reconoce ingenuamente que el procesamiento sustituyó al acta de acusación. *Vid.* E. de M.: «*En adelante, el Juez instructor, por su propia iniciativa y de oficio, podrá, o mejor dicho, deberá acordar que se comuniquen los autos al procesado* (…) *Si no se hace espontáneamente en el plazo de dos meses, contados desde que se incoó la causa, la Ley da al* ***acusado*** *el derecho de solicitarlo*…» La negrita es mía.

Lo mismo ha sucedido en el procedimiento abreviado con el auto del art. 779 LECrim, que recibe tantas estrambóticas denominaciones en la práctica cuantas ideas falsas existen sobre su recto contenido. En dicho auto, lo único que tiene que hacer el juez es razonar un sobreseimiento, si hubiere lugar a él. Pero no debe realizar en absoluto, de nuevo, esa falaz «pre-sentencia» del juez de instrucción que tantas veces se observa, y en la que expresa todos sus prejuicios adquiridos durante la instrucción y en virtud de los cuales, precisamente, está impedido de juzgar. Por si fuera poco, también dispone de una segunda oportunidad para continuar en la misma línea: el auto de apertura del juicio oral (art. 783 LECrim), que en lugar de ser una segunda «pre-sentencia», debiera limitarse a constatar que existe la acusación y que por ello se abre juicio, sin más valoraciones que puedan influir a sus compañeros del juicio oral.

d. La extraña vigencia de la incoación de oficio

El cuarto arrastre inquisitivo es la persistencia en la práctica de la incoación de oficio. Es cierto que no se trata de una acusación de oficio[20], pero es un claro residuo del antiguo «auto cabeza del proceso», que avanzaba en parte precisamente esa acusación.

Lo sorprendente es que la institución ni siquiera está en la ley[21], que parece aludir a ella pero no la desarrolla[22], dado que en el lugar que le correspondería a la misma, tras los pasajes de la denuncia y de la querella, la ley se refiere a la «policía judicial».

En realidad, la incoación de oficio no es sino un constructo práctico derivado del antiguo uso inquisitivo. Cuando se analiza la misma con detalle, se percibe que el juez que incoa de oficio, o bien suele poner en cuestión su imparcialidad al ser difícil saber de dónde le llega la información que le sirve para iniciar la instrucción, o bien vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley al autoinvestirse de jurisdicción[23]. En todo caso, se trata de una práctica que, no sólo por ser inquisitiva, sino por ser claramente inconstitucional, debe ser expulsada definitivamente de nuestro proceso penal en beneficio de la diligente actuación de los fiscales sobre todo, sin dejar de lado a la policía judicial.

---

20. Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 2007. p. 288. Armenta Deu, Teresa, «Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)», *RDProc.* 1996, p. 273.

21. Lo explico en Nieva Fenoll, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Barcelona 2001, p. 33 y ss.

22. Arts. 303 y 308.

23. Nuevamente, para ambos temas, Nieva Fenoll, *La incoación de oficio de la instrucción penal*, cit. pp. 77 y ss.

e. El peso aplastante de la instrucción sobre el juicio oral

El quinto aspecto inquisitivo de nuestro actual proceso penal es la configuración general de la instrucción, de manera que sigue teniendo una importancia preponderante durante el juicio oral y en la sentencia[24].

No es ya que, como se verá, el aspecto central de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sea, pese a todo, la instrucción, sino que, además, las referencias a la misma son constantes durante la práctica de los juicios orales, dilatando hasta el extremo las posibilidades de los arts. 714 y 730 LECrim, mucho más allá de los límites con los que fueron concebidos dichos preceptos.

Se han intentado reducir absurdamente los tiempos de duración de la instrucción a través de la muy polémica reforma de 2015 del art. 324 LECrim, como si poner límites en los plazos cambiara la naturaleza de las cosas. La instrucción, hay que insistir en ello, es una simple recogida de vestigios de los hechos supuestamente delictivos. Y en esa actividad se puede tardar más o menos tiempo, depende de la complejidad y clandestinidad del delito. El factor temporal no es, por tanto, el problema. El inconveniente es que en la instrucción pretendan deslizarse conclusiones que influyan en el juicio oral, como estamos viendo.

f. La instrucción: una extraña «primera instancia»

Y es que, en definitiva —y es el sexto factor—, la realidad muestra que durante la instrucción se celebra una especie de proceso de primera instancia previo al proceso del juicio oral[25].

---

24. Las menciones a este tema son frecuentes en la E. de M. Probablemente el pasaje más llamativo sea el siguiente: «*Alude el infrascrito a la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No; de hoy más las investigaciones de Juez instructor no serán sino una simple preparación de juicio.*»

25. Vuelve a ser interesante la lectura de la E. de M.: «*…nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos, convertida en vana formalidad; que, en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que pueden favorecerle; y que, en fin, de este conjunto de errores, anejos a nuestro sistema de enjuiciar, y no imputable, por tanto, a los funcionarios del orden judicial y fiscal, resultan dos cosas a cual más funestas al ciudadano: una, que al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; y otra, que cuando éste, llegado al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado.* (…) *Subsiste, pues, el secreto del sumario; pero sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público* (…) *El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los deba-*

Asistimos impotentes a ver cómo mecánicamente las instrucciones multiplican sus tiempos haciendo declarar a testigos que, salvo que deban dar alguna clave esencial para las investigaciones —y ello no es tan frecuente—, debieran declarar solamente en el juicio oral. O bien en la instrucción, si se cree que deben prestar declaración lo antes posible para conservar su memoria en mejores condiciones, pero no absurdamente en ambas fases del proceso, asistiendo al bochornoso espectáculo de las retractaciones.

De hecho, las diligencias de instrucción, copiando antiguas regulaciones y formularios doctrinales sobre todo[26], regulan las actuaciones como si fueran pruebas, siguiendo el esquema inquisitivo, que lo es tanto que hasta el juez tiene el poder de decidir cuándo concluye la instrucción. Ese estado de cosas debiera cesar en beneficio de una instrucción centrada solamente, como ya he reiterado, en la recogida de vestigios, que es su única misión legítima.

Pero bien al contrario, lo que acostumbra a suceder es que la instrucción celebra una a veces superficial, a veces detenida, primera instancia, pero casi siempre «primera instancia» a la antigua usanza, por cierto. Se admite la querella y se presenta una réplica por parte del reo proponiendo diligencias de descargo, lo que hace las veces de demanda y contestación. Acto seguido, se cita a declarar a todos los testigos que en aquel momento se le ocurran a las partes, e incluso al juez, que carece de limitación alguna en este sentido, y se celebran todas las pruebas periciales, inclusive las que, preservándose sin problema alguno la fuente de prueba, podrían ser practicadas perfectamente en el juicio oral. Por supuesto, también declaran reo y víctima. Y por si fueran pocas analogías con un proceso civil de primera instancia, el juez dicta su «pre-sentencia» a través de los actos de imputación de los arts. 384 y 779 respectivamente para los procedimientos ordinario y abreviado, que luego recurren las partes, celebrándose así una peculiar fase de conclusiones que luego alumbra la «sentencia» con el auto de conclusión del sumario, y que se ve enriquecida con las conclusiones de la acusación en el procedimiento abreviado que tantas veces transcriben la versión del juez expresada en el auto del art. 779. Con todo ello se dicta la peculiar «sentencia» de la instrucción del procedimiento abreviado: el auto de apertura del juicio oral. A veces ese auto es inteligentemente mucho más breve, dando constancia simplemente de que existe una acusación, sin

---

tes delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte. La calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del delincuente, hecha por el acusador y el acusado una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones.» (…) *tratándose en la hora presente de un método de enjuiciar en el cual el sumario es una mera preparación del juicio, siendo en éste donde deben esclarecerse todos los hechos y discutirse todas las cuestiones que jueguen en la causa*…»

26. *Vid.* entre otros Juan y Colom, Joseph, *Instrucción de escribanos*, Madrid 1795. De Tapia, Eugenio, *Febrero novísimo ó librería de Jueces, abogados y escribanos*, Valencia 1828.

más, pero no pocas veces encontramos esa especie de «sentencia» del juez de instrucción, especialmente cuando el caso es mediático.

Por supuesto, esas «sentencias» recogen todas las conclusiones del juez. De hecho, leyendo muchos de esos infaustos autos, puede quedar la duda de si al juez que instruyó le hubiera gustado juzgar ese caso, o simplemente expresa sus conclusiones porque cree que tiene que hacerlo. Al contrario, lo único que debiera justificar es un detalle de las diligencias practicadas, para que sea el juez del juicio oral quien extraiga sus conclusiones sin condicionantes. Hasta ha habido algún juez que una vez dictada la auténtica sentencia por sus compañeros, ha sentido la necesidad de comentarla en los medios de comunicación[27].

g. La ridícula extensión de la regulación del juicio oral

Todo lo anterior se confirma con el séptimo factor al que ya se aludió: la llamativa regulación marginal del juicio oral en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aunque pueda considerarse un tema simplemente estético, no lo es en absoluto.

Si el centro de gravedad del proceso penal debiera ser realmente el juicio oral, no se comprende cómo su regulación puede ser tan breve (arts. 650 a 749 LECrim) en comparación con el denso volumen de artículos que se dedican a su fase previa: la instrucción (arts. 259 a 633 LECrim). En la normativa del juicio oral resulta particularmente sangrante la ausencia de regulación de la declaración del acusado[28], o la casi nula regulación de la prueba documental, en beneficio de remisiones a la regulación de la instrucción, lo cual, si verdaderamente deben existir esas remisiones —que personalmente opino que no—, debieran ser en sentido justamente inverso, es decir, del juicio oral a la instrucción. En consecuencia, el legislador, copiando el modelo anterior, sigue regulando el juicio oral como si el sistema fuera inquisitivo.

Lo que es más sorprendente es que los legisladores modernos sigan ese mismo patrón. Los autores del borrador de Código Procesal Penal de 2013[29] dedicaron a la instrucción de los arts. 239 a 417 (más los arts. 147 a 238 si se cuentan las medidas cautelares) y al juicio oral de los arts. 436 a 477. El anteproyecto de

---

27. Urreiztieta, Esteban, «El juez Castro: «La sentencia es benévola, el Supremo tenía las manos atadas por la Audiencia de Palma»», *El Mundo*, 12-6-2018. https://www.elmundo.es/espana/2018/06/12/5b1f9e60e2704e79378b456f.html.

28. *Vid.* además la totalmente incomprensible referencia a la «confesión de los procesados», previa al art. 688 LECrim.

29. *Vid.* https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2013/06/04/codigo_procesal_penal.pdf.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011[30] no le iba a la zaga: arts. 162 a 238 para las medidas cautelares, arts. 239 a 497 para la instrucción, y arts. 543 a 607 para el juicio oral. Sin duda, estamos ante una cuestión de parámetros o marcos mentales antiguos y mentalidades de otro tiempo que deben cambiar.

Al fin y al cabo, como ya se ha dicho, si finalmente se asume que la instrucción y el juicio oral tienen finalidades diametralmente distintas —respectivamente recoger vestigios y enjuiciar—, la regulación de ambas deberá ser coherente con esa idea. Pero mientras la instrucción se siga pareciendo a una primera instancia, el juicio oral seguirá siendo una especie de segunda instancia a la antigua, es decir, siguiendo el modelo del *novum iudicium*, que ya no está vigente en nuestro ordenamiento.

h. El abuso del «sobreseimiento provisional»

Persiste incluso —y es el octavo factor— la histórica «absolución de la instancia»[31]. Tanto el autor del Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 como el legislador de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 144) habían insistido en que la absolución se entendería libre en todos los casos.

Pero finalmente hallaron la forma de que la Justicia siguiera teniendo «libertos de por vida» o «siervos de la curia»: el sobreseimiento provisional, que efectivamente deja al reo en un limbo durante los años que tarda en prescribir el delito[32], sabiendo que normalmente nunca volverán a importunarle, pero sin ser segura tal conclusión. Hasta durante unos años existió el llamado «archivo de las actuaciones» en el procedimiento abreviado, que no es sino una reedición de la vetusta absolución de la instancia.

Bien al contrario, el Estado, con todo su poder, debe tener una sola oportunidad de investigar y condenar a una persona, a riesgo de incurrir en lo que los estadounidenses, con un curioso galicismo, denominan *double jeopardy*[33] si-

---

30. *Vid.* https://notin.es/wp-content/uploads/2013/01/anteproyecto-de-la-Ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-27-de-julio-de-2011.pdf.

31. *Vid.* E. de M.: «*Es igualmente inútil decir que la absolución de la instancia, esta corruptela que hacía del ciudadano a quien el Estado no había podido convencer de culpable una especie de liberto de por vida, verdadero siervo de la curia marcado con el estigma del deshonor, está proscrita y expresamente prohibida por el nuevo Código, como había sido antes condenada por la ciencia, por la Ley de 1872 y por la Compilación vigente. De esperar es que las disposiciones de la nueva Ley sean bastante eficaces para impedir que semejante práctica vuelva de nuevo a injerirse en forma más o menos disimulada en nuestras costumbres judiciales.*»

32. STC 34/1983.

33. Lo advirtió ingenuamente el legislador en la E. de M.: «*Proscrita para siempre la absolución de la instancia y rigiendo sin excepción la máxima* non bis in idem…»

guiendo la expresión de la V Enmienda de su Constitución[34]. Sin embargo, el miedo por el error y el terror por que se escape un culpable, incompatible con la presunción de inocencia, han favorecido la subsistencia de esa especie de suspensión de la instrucción. Y la sociedad, que en general tampoco cree en la presunción de inocencia[35], rema a favor de ese estado de opinión, que sin duda arrastra también a las mentes judiciales.

i. Algunos restos de prueba legal

El noveno punto inquisitivo es la persistencia de antiguos restos del sistema de prueba legal, pese a que el art. 741 LECrim impone el sistema de valoración libre de la prueba. Esos restos están claramente representados por las dispensas de declaraciones testificales entre familiares (art. 416 LECrim), que no sólo dan terribles problemas hoy en día en los casos de violencia de género, sino que representan una directa agresión al sistema de libre valoración de la prueba establecido en ese art. 741. Aunque no se las haya visto como tales, dichas dispensas no son más que las antiguas prohibiciones de declarar del sistema de valoración legal, que eran mucho más amplias[36]. Dulcificadas dichas prohibiciones, se han mantenido como «dispensas», pero su origen es absolutamente evidente.

Otro residuo del antiguo sistema es el propio juramento de los testigos, o incluso la distinción entre partes y testigos, que tenía sentido en el viejo sistema al ser diferente su valoración legal como prueba plena[37]. Pero no en el actual sistema de valoración libre, ya que ahora bastaría con hablar de la «prueba de interrogatorio», dado que de lo que se trata es de que un sujeto sea evaluado de acuerdo con los parámetros de la psicología del testimonio[38], en esclarecimiento de su recuerdo y valoración de su credibilidad. Y en esa valoración no es tan relevante que el declarante sea parte o testigo. En todo caso, para la práctica del interrogatorio es absolutamente indiferente que sea el reo, la víctima o un testigo quien declare, porque los métodos para la formulación de las preguntas son idénticos. De hecho, que en el proceso penal de medio mundo se siga considerando a la víctima como un simple testigo, y no como una parte —o posible parte al menos—, no sólo es una agresión a la victimología, sino

34. «… *nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb* (…)».

35. Nieva Fenoll, *La duda en el proceso penal*, cit. pp. 102 y ss.

36. *Vid.* Partida III, tít. XVI, Leyes VIII y ss.

37. Sobre estos temas, *vid.* Nieva Fenoll, «La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, n. 1, 2017.

38. *Vid.* por todos Manzanero, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008. Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, Madrid 2019.

una expresión de que en el sistema inquisitivo la «relación procesal» —como quizás hubiera dicho Von Bülow[39]— se establecía entre el juez y el reo. La víctima era sólo un pretexto.

Además de ello, la jurisprudencia sigue queriendo convertir algunas pruebas en una especie de «*plena probatio*» y, con la excusa de ofrecer estándares de valoración, en realidad dibuja criterios que hacen que esa valoración ya no sea tan libre. Ha sucedido con el único testigo-víctima[40], con el coimputado[41] y con el testigo de referencia[42] sobre todo, con respecto a los cuales la jurisprudencia ha ofrecido, con las mejores intenciones, criterios de valoración, pero que traspasados a la práctica se aplican de manera demasiado estricta a veces, convirtiendo su valoración en prácticamente tasada.

La razón de ello es la voluntad manifiesta de simplificar, de seguir unas pautas fijas de actuación que ahorren trabajo a jueces sobrecargados de asuntos. Pero que a la postre restan espontaneidad y relajan el libre criterio del juez, confiado en el seguimiento de esos parámetros.

Ello no hace inquisitivo el procedimiento, pero reduce el papel del juez a un automatismo que era el que tenían los jueces en el juicio oral en el sistema inquisitivo, y además produce la búsqueda obsesiva de elementos que sustenten solamente esos parámetros, dejando al margen otros aspectos de la realidad que pueden ser relevantes, exactamente igual que antiguamente se perseguía la obtención de la confesión o de los dos testigos conformes. Juzgar no es ningún automatismo, sino una misión compleja que difícilmente puede simplificarse, dado que la realidad es también compleja.

j. El absurdo derecho a la última palabra

La décima característica inquisitiva es una institución que ha sido ingenuamente considerada acusatoria, pero que sólo tiene auténtica lógica en un sistema inquisitivo de proceso: el derecho a la última palabra.

Tenía todo el sentido del mundo en un proceso en el que no se escuchaba al reo salvo para torturarle u obligarle con coacciones a que confesara, pero que ninguna participación adicional tenía en el proceso. En cambio, en un esquema

39. Von Bülow, *Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen*, Gießen, 1868, p. 1.

40. STS 717/2018, 17-1-2019.

41. STS 714/2018, 16-1-2019.

42. Sts 404/2018, 13-09-2018.

acusatorio se supone que el juez no va por libre, sino que hay un tercero encargado de la acusación precisamente para garantizar la imparcialidad del primero. Precisamente para evitar que el sistema se hiciera de nuevo inquisitivo en manos de un fiscal que, nuevamente, actuara de espaldas al reo, se garantiza la intervención de este último en cualquier fase, como viene a recordar el art. 400 LECrim[43].

Pero siendo así, es absurdo que conserve el derecho a decir la última palabra en un contexto en el que ha hablado todo lo que ha querido. Es por ello por lo que en la práctica, lógicamente, la institución ha caído en desuso por lógico consejo de los abogados del reo, que no quieren ver cómo su cliente desbarata estúpidamente su defensa, o bien es aprovechada como momento de exaltación histriónica con diversas finalidades, pero que en absoluto contribuyen al enjuiciamiento. Por ello, debiera ser también abolida.

k. El abuso de la prisión provisional

El undécimo y último factor es la prisión provisional[44]. Pese a los esfuerzos del Tribunal Constitucional[45] y del propio legislador, que obedeció dicha jurisprudencia, la misma se sigue adoptando con cierta ligereza y con una ausencia de base empírica que, vista con detenimiento, resulta simplemente espantosa. No es que el reo deba estar necesariamente en libertad en un sistema acusatorio, sino que solamente en un sistema inquisitivo en el que el juez instruye y juzga a la vez, tiene sentido que dicho juez avance la pena, acomodando la realidad a sus deseos de condena.

Por ejemplo, cuando se considera el riesgo de fuga se suele pensar en la inminencia de una pena alta[46] —como si el reo fuera a ser culpable—, o bien en fugas anteriores[47], resistencia a la autoridad en la detención[48], pertenencia a

---

43. «*El procesado podrá declarar cuantas veces quisiere, y el Juez le recibirá inmediatamente la declaración si tuviese relación con la causa.*»

44. E. de M.: «*…sería temerario negar que aun bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados*…»

45. STC 47/2000 de 17-2-2000.

46. A. Jdo. de instrucción n. 4 de Pamplona de 20-03-2017, n. rec. 668/2017. A. Jdo. de instrucción n. 32 de Madrid de 20-12-2014, n. rec. 6412/2014. A. Jdo. de instrucción n. 3 de Pamplona de 27-08-2012, n. rec. 2708/2012.

47. A. Jdo. de instrucción n. 4 de Pamplona de 20-03-2017, n. rec. 668/2017.

48. A. Jdo. de instrucción n. 4 de Pamplona de 20-03-2017, n. rec. 668/2017.

banda organizada[49], posesión de un domicilio fijo[50] o riqueza del reo[51]. Y se razonan todos esos puntos no tanto tomando en cuenta su esencia, que a veces se agota por sí misma, sino más bien según la idea que tenga el juez respecto, sobre todo, a la reiteración delictiva o a la repulsa que le produzca la situación, aunque ello pocas veces se razona. Y es que ninguno de esos puntos, en realidad, son suficientes para entender realmente que un reo puede escaparse. No hay base empírica alguna detrás de los mismos.

Lo mismo sucede con el riesgo de destrucción de pruebas[52] e incluso con la antes citada reiteración delictiva. Hasta la ciencia, con la inteligencia artificial[53] ha caído en la trampa de intentar buscar criterios objetivos de previsión de la reiteración de la conducta que simplemente es posible que ni siquiera existan. El fiasco de COMPAS[54] es especialmente indicativo a tal efecto, y es que en ciencia no todo son estadísticas, y mucho menos si los datos se tienen en cuenta de modo prejuicioso. Otras aplicaciones de inteligencia artificial han tenido, no obstante, mejor fortuna[55], y hay que seguirles la pista porque en el futuro pudieran darnos claves, no solamente interesantes, sino bastante definitivas sobre estos temas.

En todo caso, la situación actual no es tanto expresiva de un terror de los jueces a que se les escapen los reos, o a que vuelvan a delinquir o destruyan pruebas, sino que, si bien se mira, esa situación sigue la misma lógica de que el juez instructor se puede llegar a creer demasiadas veces inmerso en el escenario de una «primera instancia», y lógicamente dicta sentencia coherente con sus pensamientos: condenatoria. Si como he ido repitiendo, el juez, conscientemente, fuera solamente un simple compilador de vestigios, ni siquiera un posible futuro acusador como el ministerio público, ese riesgo se podría reducir de manera muy relevante. Se produciría tal vez, como le ocurre a veces a la policía,

---

49. A. Jdo. de instrucción n. 4 de Pamplona de 20-03-2017, n. rec. 668/2017.

50. A. Jdo. de instrucción n. 4 de Bilbao de 1-09-2013, n. rec. 2887/2013.

51. A. Jdo. de instrucción n. 7 de Alicante de 10-02-2017, n. rec. 2526/2016. A. Jdo. de instrucción n. 6 de Sevilla de 24-04-2012, n. rec. 174/2011.

52. A. Jdo. de instrucción n. 3 de Pamplona de 27-11-2012, n. rec. 2708/2012.

53. *Vid.* Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid 2018, pp. 66 y ss.

54. Farrell, James, «Humans Beat Popular Algorithm For Spotting Potential Re-Offenders», *SILICONANGLE*, 17-1-2018, https://siliconangle.com/blog/2018/01/17/popular-algorithm-used-spot-potential-reoffenders-sometimes-extend-prison-sentence-doesnt-work-according-researchers/. Fussell, Sidney, «Study Finds Crime-Predicting Algorithm Is No Smarter Than Online Poll Takers», *Gizmodo*, 18-1-2018, https://gizmodo.com/study-finds-crime-predicting-algorithm-is-no-smarter-th-1822173965. Pearson, Jordan, «Bail Algorithms Are As Accurate As Random People Doing An Online Survey», *Motherboard*, 17-1-2018, Https://Motherboard.Vice.Com/En_Us/Article/Paqwmv/Bail-Algorithms-Compas-Recidivism-Are-As-Accurate-As-People-Doing-Online-Survey. Yong, Ed, A Popular Algorithm Is No Better At Predicting Crimes Than Random People, *The Atlantic*, 17-1-2018, https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/01/equivant-compas-algorithm/550646/

55. Nuevamente, Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit. pp. 66 y ss.

un apasionamiento en la investigación inspirado por la —supuesta— evidencia de los indicios que van apareciendo. Sin embargo, adoptando las medidas oportunas para que la prisión no dependiera de ese órgano investigador, el riesgo de adelantos injustificados de la pena sin duda podría menguar. Y con ello dejaríamos de lado una de las peores lacras que conllevó el sistema inquisitivo: la prisión, entonces casi indefinida en la práctica, de los reos[56].

3. La policía: un actor entonces inexistente

Muchas veces se olvida que durante la vigencia del sistema inquisitivo no existieron cuerpos policiales como ahora los conocemos. Existían a lo sumo fuerzas rurales o ciudadanas bastante informales. La propia Guardia Civil surgió en 1844[57], es decir, después de la desaparición formal del juicio oral inquisitivo con el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835[58], y se centró, como la Hermandad[59], en el ámbito rural, que era, por cierto, el mayoritario de la época. Eran algo parecido a los *Texas Rangers* surgidos en este territorio precisamente en la misma época, en 1835[60], aunque lógicamente también con la finalidad de consolidar la ocupación de estas tierras, entonces mexicanas, en vistas a la anexión que finalmente se produjo. Pero esa es otra cuestión.

En España, hasta 1906[61] no aparece la primera promoción de cincuenta agentes salida de una escuela de policía. Y es que la propia policía judicial se había creado sólo para Madrid y Barcelona con la Real Orden de 19 de septiembre de 1896[62], pero sin una formación real. Lo que demuestra que en 1882, a la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no existía realmente un cuerpo de policía judicial como el que anunciaba la ley. La situación era similar en otros países.

Es por ello por lo que las diligencias de investigación fueron reguladas como si las llevara adelante un juez, y siguen reguladas de esa forma, cuando la reali-

---

56. Aunque teóricamente no duraba más de 10 años. Partida VII, tít. XXIX, Ley 7.

57. Decreto de 28 de marzo de 1844. Gaceta de Madrid, nº 3.486, 31-3-1844.

58. Regla 5ª del art. 51 del Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835.

59. NR, Libro XII, Tít. XXXV, Ley XXVII, 12.

60. Su historia puede consultarse en la página del Departamento de Seguridad Pública de Texas: http://www.dps.texas.gov/TexasRangers/HistoricalDevelopment.htm.

61. Orden de 18 de enero de 1906. Gaceta de Madrid, año CCXLV, nº 20, 20-1-1906.

62. Gaceta de Madrid, nº 264, 20-09-1896. *Vid.* también la Real Orden de 7-10-1896, Gaceta de Madrid, nº 285, 11-10-1896, que dispone la organización e inicio de funciones de la policía judicial para el 1 de noviembre del mismo año.

dad actual es que buena parte de ese trabajo lo hace la policía sin sujeción a procedimiento alguno, porque no hay norma que regule las actividades policiales, a diferencia de lo que ocurre en el Reino Unido[63] o, aunque con destacables contrastes, en otros países —Irlanda, Malta, Chipre, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Letonia o Lituania[64]—, que confían a la policía toda la instrucción. En su lugar, en España y en otros lugares son protocolos policiales informales, así como simples usos de las fuerzas de seguridad, los que orientan la labor de los cuerpos de seguridad, lo que a día de hoy es inaceptable.

Esa situación debe cambiar haciendo transparente la labor policial, salvo que pueda justificarse su sigilo para evitar la perdida de pruebas. Pero la investigación policial no puede ser secreta por sistema, como lo había sido el modelo inquisitivo, porque de lo contrario caemos en el mismo error pese a todas las reformas que hemos tenido. En consecuencia, el primer paso a dar será la regulación de las diligencias policiales.

4. Hacia una modelo definitivamente acusatorio

Se observará con mucha facilidad que los once factores antes enumerados, así como la discusión sobre el rol de la policía, afectan a la línea medular del proceso penal. Por ello, las futuras reformas debieran tener en cuenta todos esos factores para superar ya de una vez esa aciaga fase histórica del sistema inquisitivo que, en puridad, no debió haber existido jamás.

El modelo que surgiría de todo ello, expuesto muy brevemente, comprendería una investigación fundamentalmente policial en la que un fiscal iría recopilando las actuaciones de la policía, calificando jurídicamente los resultados de la investigación a fin de determinar si presenta acusación o no. Si en cambio se opta por dejar al fiscal de lado y se prefiere seguir confiando en un juez, aunque no es lo más recomendable por las varias razones que ya se indicaron, lo que debiera hacer ese juez es compilar las diligencias practicadas y sus resultados, aunque sin expresar conclusión alguna al respecto, tarea que, en todo caso, corresponderá al ministerio fiscal a los efectos indicados de formulación o no de la acusación.

---

63. *Vid.* Police and Criminal Evidence Act 1984. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents.

64. *Vid.* Nieva Fenoll, «Orden europea de investigación: autoridades competentes en el estado emisor y de ejecución. Especial consideración del papel del ministerio fiscal», en prensa.

Llevadas a término las diligencias de ese modo, se pasaría inmediatamente al juicio oral, puesto que el fiscal debería formular su acusación basándose en las mismas, lo que provocará que la prueba se celebre realmente en el juicio oral ante los juzgadores, sin «ensayos» ante un juez de instrucción que se convierten en «primeras instancias», y sin dilatar la decisión sobre la acusación, debiendo existir las normas limitativas a tal efecto que impidan que los fiscales abusen de su posición o puedan presionar a los reos para alcanzar acuerdos desde esa posición omnímoda, como sucede en EEUU en ocasiones[65]. Para ello, un control activo de un juez de garantías, a petición del reo, debería ser suficiente. Ese mismo juez sería el que autorizaría las medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Con ello, la instrucción se hace verdaderamente transparente y acusatoria desde sus inicios, dado que de ser secreta, deberá autorizarse por el mismo juez de garantías con una limitación temporal similar a la existente ya para los jueces en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, revisable, naturalmente, en función de las necesidades de la investigación. La tutela del ministerio público y la supervisión del juez garantizarían la regularidad de todo el sistema, haciendo que la instrucción concluya con una acusación o con un sobreseimiento, pero no con unas conclusiones judiciales que influyan a los jueces de juicio. En todo caso, también habría que evitar un excesivo seguidismo de esas acusaciones por parte de los jueces enjuiciadores, que podría lograrse distinguiendo netamente su carrera —no idéntica a la judicial—, formación —más criminalística la de los fiscales— y ubicación, muy próxima a la policía la del ministerio público, y no a los jueces, a fin de evitar eficazmente connivencias y subrayar la independencia de la Justicia.

En suma, en estas condiciones, y llevada al terreno acusatorio por fin la instrucción, como era el deseo expreso del legislador de 1882[66], se habrá completado finalmente su labor. En el siglo XXI. Despacio van las cosas de palacio.

---

65. BLUME, John H. / HELM, Rebecca K., *The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty*, Scholarship@Cornell Law: A Digital Repository. Cornell Law Faculty Working Papers, 31-1-2014. http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=clsops_papers. *Vid.* También al respecto LASCURAIN SÁNCHEZ / GASCÓN INCHAUSTI, «¿Por qué se conforman los inocentes?», *Indret*, julio 2018.

66. *Vid.* E. de M.: «*El Gobierno de V. M. cree ser consecuente con el espíritu liberal que informa su política introduciendo, dentro de ciertos límites racionales, el sistema acusatorio en el sumario, lo cual constituye un gran progreso sobre la Ley de 22 de diciembre de 1872. No hay tampoco una sola nación en el continente europeo que vaya en esto más allá que al adjunto proyecto de Código, ni siquiera la Alemania en cuyas leyes procesales quedó impreso como en roca de granito el sello característico del individualismo germánico, sin que hayan alcanzado a borrarle ni la autoridad prepotente de sus Monarcas, ni sus grandes glorias militares, ni su reciente y portentoso engrandecimiento territorial.*»

VI. COMUNICACIONES

1 | Notas de aproximación a la *suspensão provisória do processo* como marco de posibilidad para la Justicia restaurativa en el Sistema español[1]

Cristina Alonso Salgado
Investigadora del Área de Derecho Procesal
Universidad Santiago de Compostela

1. Introducción

El análisis de las posibilidades de consenso y mediación en el sistema de Justicia penal portugués resulta de interés, fundamentalmente, por dos razones: en primer lugar, porque es un país cercano, con una experiencia semejante a la española, con todo lo que ello supone a la hora de establecer comparaciones; y, en segundo lugar, porque su cultura jurídica cuenta con un entronque, de inicio, diferente al de la tradición jurídica originaria de la Justicia paccionada y de la Justicia restaurativa. Los paralelismos con el sistema de Justicia penal español se adivinan pues, casi intuitivamente.

Lejos de lo que inicialmente pudiera parecer, el análisis comparado sigue resultando fundamental para la incorporación real y efectiva de la metodología restaurativa —que no sólo de la mediación— en el proceso penal español de adultos. En nuestra opinión, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, no ha servido para proporcionar la cobertura necesaria al señalado efecto. Más que de lagunas, habría que hablar de pequeños islotes en un inmenso océano huérfano de regulación. Bien es cierto que frente a esta visión cabría replicar enarbolando la introducción del principio de oportunidad operada por la Ley Orgánica 1/2015 por la que se reformó el Código Penal. Con todo, a decir verdad, la referida incorporación en tanto que timidísima, ha te-

1. Nos referiremos en este trabajo al ámbito de los adultos.

nido —más allá de lo simbólico— un impacto más que mejorable si se enfoca desde una perspectiva del conjunto del sistema de Justicia penal.

Así pues, incluso tras las últimas novedades legislativas, se hace preciso buscar en el ámbito comparado resortes técnicos que permitan vehiculizar la nómina de formulaciones restaurativas —*Circles, Conferences*, etc.— en el proceso penal español de adultos.

A ello dedicaremos las líneas que siguen.

2. Una fórmula de consenso en el proceso penal portugués. La *suspensão provisória do processo*

2.1. La *suspensão provisória do processo*

Lo cierto es que «*La idea de subordinación del inicio y seguimiento procesal al principio de legalidad hace mucho que está consolidada a nivel jurídico en Portugal, sea a nivel legal, sea a nivel doctrinal. La revisión de la Constitución, realizada en 1997, estableció que el "Ministerio Público ejerce la acción penal, orientada por el principio de legalidad" y reconoció al más alto nivel, el valor de aquella ya larga tradición*»[2].

Así, siendo esta la regla general, encontramos una importante excepción en la *suspens*ão *provisória do processo*[3], institución que, bajo la inspiración de principios tales como cooperación, eficacia y celeridad, pretende responder a los desafíos de la pequeña y mediana criminalidad al tiempo que procura la agilización y humanización de la Justicia penal.

La *suspensão provisória* se ubica sistemáticamente en el capítulo del *Código de Processo Penal* (CPP) dedicado a la clausura del *inquérito,* y estructuralmente encarna una de las diversas maneras de finalizar la fase de investigación en el proceso penal portugués, a saber: archivo por falta de pruebas o porque no fue posible reunir indicios suficientes contra el acusado; formulación de la acu-

---

2. Conde Correia, J. y De Moraes Rocha, J.L., «Sistema de procedimiento penal portugués», en Palomo del Arco, A. (Dir.), *Sistema penales europeos,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002, p. 205.

3. *Vid.* Do Carmo, R., «A suspensão provisória do proceso no Código de Processo Penal revisto-alterações e clarificações», *Revista do CEJ*, número 9 (especial), 1.º semestre 2008. También en http://www.cej.mj.pt/cej/formacontinua/fich-pdf/formacao2007-08/jornadas_penal_te xtos/suspensprocoimbra_lisboa2007rc.pdf, consulta a 12/04/2018.

sación; archivo en caso de dispensa de pena[4]; suspensión provisional; y finalmente, acuerdo de mediación[5].

Como decíamos, el legislador portugués ha apostado por una política criminal basada en un tratamiento diferenciador de la pequeña, la mediana y la gran delincuencia. De este modo, implementando un tratamiento procesal diferente en función del tipo de criminalidad[6] a abordar, se logra un sistema respetuoso con los principios impulsados por la normativa comunitaria sobre la materia: fomento de espacios para el consenso, mayor protagonismo del principio de oportunidad[7], desformalización de la persecución penal, etc., cuestiones todas ellas llamadas a erigirse en los cimientos de la Justicia penal del siglo XXI. Con ello se pretende destacar que al diversificar la respuesta penal, no se desatienden los instrumentos jurídicos más convencionales o tradicionales, sino que son reservados para aquella criminalidad que efectivamente requiere ese tratamiento.

Entre los compromisos comunitarios sobre la materia adquiridos en las últimas décadas por el país luso, destacaremos por su importancia, la Recomendación n.º R (87)18, de 21 de septiembre de 1987, sobre simplificación de la Justicia penal. La iniciativa no resultaba ni resulta ajena a los fundamentos del Derecho portugués, que contaba desde ese mismo año 1987 con fórmulas posibilitadoras de espacios de consenso en el marco del proceso penal.

En palabras de GALAIN PALERMO, «*Todas estas opciones ya existían en el sistema penal portugués desde la reforma del CPP aprobada por el Decreto-Ley nº 78 de 17 de febrero de 1987. Este sistema penal, diferentemente de otros sistemas penales de Europa continental, conoce, desde entonces, varias formas de resolución alternativa del conflicto: la suspensión condicional o suspensión provisional del proceso (cf. Arts. 281 y ss. CPPP), el archivo en caso de dispensa de pena (cf. Art. 74 CPP); y formas adheridas de tramitación del proceso penal:*

---

4. Artículo 280 CPP y el artículo 74 CPe.

5. Ley 21/2007, de 12 de junio.

6. *Vid*. LOPES DA MOTA, J.L., «A revisão do Código de Proceso Penal», *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, n.º 2, 1998, pp. 163 y ss.

7. De acuerdo con la Recomendación R (87)18, de 21 de septiembre de 1987, sobre simplificación de la Justicia penal, «*El archivo de las actuaciones por oportunidad podrá ser puro y simple —acompañado de una advertencia, represión o amonestación— o sometido a determinadas condiciones que han de ser cumplidas por el denunciado, como las de someterse a reglas de conducta, el pago de una suma de dinero, la indemnización a la víctima o su puesta a probación*».
Vid. también NUNES CAEIRO, P., «Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da "justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente" do sistema», *Revista do Ministério Público,* vol. 84, 2000, pp. 31-47; COSTA ANDRADE, M., «Consenso e Oprtunidade», en VV.AA., *Jornadas de Direito Processual Penal,* Almedina editora, Coimbra, 1988, pp. 317-358; GONÇALVES DA COSTA, J., «Legalidade versus Oportunidade-Legalidade atenuada, oportunidade regulada», *Revista do Ministério Público,* vol. 83, 2000, pp. 83-95.

el proceso sumario (cf. Arts. 381 y ss. CPP), abreviado (cf. Arts. 391-A y ss. CPP) y sumaríssimo (cf. Arts. 392 y ss. CPP)»[8]*.*

Así las cosas, situando ya el foco sobre la *suspensão provisória do processo*, cabe comenzar notando que su régimen viene establecido en los artículos 281 y 282 del CPP, en los que se dispone que el Ministerio Público puede proponer la suspensión provisional del proceso siempre y cuando se den unas determinadas circunstancias que permitan la escenificación de un espacio de consenso en el proceso penal, y sin que por ello se deba hacer expresa renuncia a los fines tradicionales del sistema de Justicia penal.

La suspensión provisional regula pues, el archivo de las actuaciones bajo ciertas condiciones, como una suerte de *probation*[9] *rara avis*. Por tanto, el consenso es favorecido por la posibilidad de establecer «(…) *una gama de obligaciones y reglas de conducta que corresponde en su integridad al elenco de deberes que pueden ser impuestos en caso de "régimen de prueba" o probation (art. 54 del CP) y que la ley penal sustantiva considera conducentes a promover la resocialización* (…)»[10]*.*

Más en concreto, el artículo 281 del CPP indica en qué casos y bajo qué circunstancias se podrá emplear por parte del Ministerio Público la suspensión provisional. De este modo, «(…) *si el crimen fuera punible con pena de prisión no superior a cinco años o como sanción diferente de prisión, puede el Ministerio Público decidirse, con el acuerdo del juez de instrucción, por la suspensión del proceso, mediante la imposición al acusado de condiciones y reglas de conducta, si se verificaran los siguientes presupuestos: a) acuerdo del acusado y del assistente*[11]*; b) ausencia de antecedentes criminales del acusado; c) que no se*

---

8. Galain Palermo, P., «Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes», en VV.AA., *Ars ivdicandi. Estudos em homenagem ao Profesor Doutor Jorge de Figueiredo Dias,* Coimbra editora, Coimbra, 2009, pp. 822-823.
Vid. también, Armenta Deu, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?,* Marcial Pons, Madrid, 2012*,* pp. 145 y ss. Igualmente, Conde Correia, J. y De Moraes Rocha, J.L., «Sistema de procedimiento penal portugués», en Palomo del Arco, A. (Dir.), *Sistema penales europeos, …op. cit.,* pp. 223 y ss.

9. Así lo considera Galain Palermo en Galain Palermo, P., «Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes», en VV.AA., *Ars ivdicandi. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias,...op. cit.*, pp. 825 y ss.
Con respecto a la *probation vid*. Puente Segura, L., «La suspensión ordinaria de la ejecución del fallo», esta doctrina forma parte del libro *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Madrid, 2009, La Ley 11665/2011*;* Almela Vich, C., «El tratamiento penal del delincuente toxicómano», *Diario La Ley*, La Ley 11920/2001; etc.

10. De Diego Díez, L.A., *Justicia criminal consensuada. Algunos modelos del derecho comparado en los EEUU, Italia y Portugal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999*,* p. 192.

11. «*La figura del assistente es una especie de codyuvante del Fiscal en el proceso penal portugués. Adopta la posición de colaborador del Ministerio Público, a cuya actividad subordina su intervención en el proceso, salvo en ciertos casos excepcionales determinados por la ley (art. 69.1). En términos generales, pueden constituirse en asistentes los ofendidos por el delito, sus representantes legales y sus herederos, las personas de cuya acusación particular dependa*

requiera medida de seguridad de internamiento; d) carácter leve de la culpa; y e) que sea de prever que el cumplimiento de las condiciones y reglas de conducta responda suficientemente a las exigencias de prevención "que sean del caso"»[12].

De la descripción del artículo se puede inferir que es el Ministerio Público quien propone la suspensión «a cambio» del cumplimiento de unas condiciones y reglas de conducta, y es el juez el que muestra su «conformidad», o no, con tal proposición. Además el referido artículo 281 no sólo exige la conformidad del acusado[13], sino también la de la víctima, motivo por el cual, si ésta mantiene reservas acerca de la adopción de la suspensión, puede manifestarlas para de este modo abortar tal posibilidad. Y ello es más importante de lo que inicialmente pudiera parecer: al poder mostrar su negativa, lejos de erigirse en una convidada de piedra del proceso[14], ve como se fortalece notablemente su posición, pues se le atribuye *de facto,* una suerte de capacidad de veto sobre la adopción de la *suspensão provisória*.

Ello no obstante, es preciso realizar dos matizaciones[15] a lo acabado de señalar. En primer lugar, tras la última modificación operada en el Código Penal Portugués (CPe) y el CPP, en vigor desde marzo de 2013, la regulación prevista en el 207.2 del CPe en relación al *furto bagatelar* no exige el consentimiento

---

el procedimiento y, cualquier persona en los delitos públicos de cohecho (corrupção: arts. 420 a 423 del Código Penal portugués) y malversación de caudales públicos (peculato: arts. 424 a 427 del Código Penal portugués) (art. 68.1). Entre las atribuciones de los asistentes se encuentran la de intervenir en la investigación e instrucción, proponiendo pruebas y solicitando diligencias; formular acusación con independencia del Ministerio Fiscal, e interponer recursos contra las resoluciones que les afecten, aun cuando el Fiscal no lo haga (…)», en DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Justicia criminal consensuada. Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal,… op. cit.,* p. 192.

12. *Vid*. al respecto, TRILLO NAVARRO, J. P., «Criminalidad de bagatela: descriminalización garantista», *La Ley Penal*, número 8, 2008, La Ley 23253/2008; ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España,* PPU, Barcelona, 1991. Más precisamente destaca el artículo 281.1 del CPP: «*a) Concordância do arguido e do assistente; b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza; c) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza; d) Não haver lugar a medida de segurança de internamento; e) Ausência de um grau de culpa elevado; e f) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir*».

13. «*Traducimos por acusado la figura del derecho portugués de arguido, la cual no es exactamente la misma que el "acusado" en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, pero es la que mejor se asemeja a ella. No se trata de un mero "sospecho" (existente también en el ordenamiento jurídico portugués —cf. Art. 1º, al.e), CPP), pero de un sujeto procesal sobre lo cual impenden fuertes sospechas de que haya cometido un crimen, mismo no existiendo todavía una acusación formal y que, por eso, está dotado de deberes y derechos con previsión legal*», en LAMAS LEITE, A., «El régimen de mediación penal de adultos en Portugal: entre la justicia negociada y (alguna) dimisión del Estado», en BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos, …op. cit.,* p. 292. En adelante emplearemos por tanto «acusado».

14. Al respecto véase: HERRERA MORENO, M., «Historia de la victimología», en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. y TAMARIT SUMALLA, J. (Dirs.), *Manual de victimología,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 56-57. Igualmente *vid*. al respecto, HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid, 1996; *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2005; etc.

15. Entre otras tantas que cabría realizar en un estudio más amplio.

del *assistente* para que se produzca la suspensión del proceso. En segundo lugar, a pesar de que se desvíe de nuestro objeto de estudio, debe realizarse una llamada de atención sobre las especificidades del régimen en materia de violencia doméstica por la Ley n.º 112/2009, de 16 de septiembre.

2.2. *Injunções*, *regras de conduta* y suspensão provisória do processo

La exigencia de conformidad de la víctima y victimario evidencia que este tipo de regulación enfoca su punto de interés hacia un mayor protagonismo y participación de las partes para posibilitar un diálogo restaurador entre ellas. Así, no sólo se procura satisfacer los fines del sistema de Justicia —toda vez que la institución cuenta con una inequívoca naturaleza jurídica y se halla inserta en el proceso penal— sino también, y muy especialmente, se posibilita una mejor atención a las necesidades de reparación de la víctima y resocialización del victimario[16]. Y todo ello se logra mediante el empleo del principio de oportunidad reglada[17].

De este modo, la presente figura permite no sólo generar los referidos espacios de diálogo, sino que lo hace prescindiendo de las instancias formales del proceso, estableciendo unas condiciones o reglas de conducta y evitando así, los peligrosos procesos de victimización[18] casi consustanciales al proceso tradicional.

Asimismo, cabe destacar que el Ministerio Público puede escoger las *injunções ou regras de conduta* entre las establecidas en el catálogo del artículo 281.2 del CPP, o puede seleccionar cualquiera otra especialmente adecuada al supuesto, siempre que no atente contra la dignidad del acusado. En todo caso, la conducta o regla debe quedar perfectamente perfilada en el momento de su adopción, puesto que una vez acordada no podrá ser modificada. Por tanto, a la hora de su establecimiento deben considerarse todas las circunstancias presentes en el supuesto y, con buen criterio, será oportuno contemplar todas aquellas que con posterioridad puedan concurrir en el futuro, pues no habrá posibilidad de enmienda.

---

16. *Vid.* Bessa Pacheco, F. y Bessa Pacheco, M., «As reacções criminais do Direito Penal Português na perspectiva de reintegração social», *Análise Psicológica* (2002), 3 (XX), pp. 331-335.

17. A modo de apunte, nótese que, al igual que en el caso español, en la Justicia penal de menores de Portugal, opera el principio de oportunidad reglada. A este respecto véase: Grande Seara, P., «El principio de oportunidad reglada en el proceso penal de menores portugués (*processo tutelar educativo*)», *Indret-Revista para el análisis del Derecho,* número 3/2011, pp. 14-22.

18. *Vid.* en relación a la victimización, Delgado Martín, J., «La victimización reiterada de personas vulnerables. Tratamiento del riesgo en el proceso penal», en González González, J.P. (Dir.), *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

A nuestro juicio esta cuestión carece de lógica[19], dado que resulta profundamente contradictorio que un instituto que pretende flexibilizar algunas estructuras del proceso, peque justamente de poca flexibilidad, más allá de lo señalado en relación al artículo 281.2 del CPP[20].

La discordancia del juez con respecto a la suspensión —incluso en el caso de que los otros sujetos procesales estén de acuerdo— constituye otro elemento de interés para el análisis, toda vez que la posibilidad de recurso ante tal circunstancia resulta un aspecto más que controvertido. A este respecto se hace preciso traer a colación un acuerdo de uniformización de la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia que se pronunció en el sentido de considerar que el recurso es inadmisible. Literalmente, «*A discordância do juiz de instrução em relação à determinação do Ministério Público, visando a suspensão provisória do processo, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 281.º do Código de Processo Penal, não é passível de recurso*»[21].

A pesar del papel indiscutiblemente protagónico del Ministerio Público, debe observarse que, tal y como se señalaba *supra*, el juez debe verificar los presupuestos habilitantes de la suspensión. Además, tras la Circular 2/87 de 21 de diciembre de la *Procuradoria-Geral da República*, las actuaciones adoptadas por el Ministerio Público serán susceptibles de control posterior por su superior jerárquico. Se cierran de este modo las claves para dotar de todas las garantías al sistema.

En línea semejante conviene notar que, en los supuestos de violencia «doméstica»[22], si la víctima no demanda la suspensión, el Ministerio Público no la puede proponer de oficio, aun cuando considere que representa la solución más acertada al caso[23].

Asimismo, si bien en los delitos contra la libertad o autonomía sexual de menor no agravado por el resultado[24] —artículo 281.8 del CPP— el Ministerio Público cuenta con la iniciativa, a decir verdad, en este caso se trata de algo más próximo a un «poder-deber», toda vez que su decisión debe estar guiada por el in-

---

19. Todo ello a pesar de la aquiescencia del Tribunal Constitucional Portugués a través de su resolución 7/87, de 9 de enero.

20. Sería interesante a este respecto una adaptación del régimen relativo al trabajo en favor de la comunidad y que daría más flexibilidad al régimen de la suspensión.

21. Esto es, el desacuerdo del juez de instrucción en relación a la determinación del Ministerio Público, ordenando la suspensión provisional del procedimiento, en los términos y para los efectos del artículo 281.1 del CPP, no es susceptible de recurso. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 16/2009. D.R. n.º 248, Série I de 2009-12-24 Supremo Tribunal de Justiça, http://dre.pt/pdf1sdi p/2009/12/24800/0873708749.pdf, consulta a 10/04/2017.

22. «*Em processos por crime de violência doméstica não agravado pelo resultado (...)*».

23. Artículo 281.7 del CPP.

24. *Vid*. a este respecto el artículo 18 del CPe.

terés de la víctima. La consideración pues, debe realizarse no sólo sobre las finalidades del proceso penal, sino también y fundamentalmente, en relación con el interés de la víctima.

2.3. Efectos de la *suspensão provisória* do processo

Nos detendremos brevemente para explicar los efectos del instituto objeto de nuestro estudio. La *suspensão provisória do processo* puede durar como máximo hasta dos años, tal y como se especifica en el artículo 282.1 del CPP, «*Los efectos de la decisión sobre el archivo condicional se produce tanto en el aspecto procesal como sustantivo. Por un lado, tal decisión no es susceptible de impugnación en tanto se haya observado lo previsto por el artículo 281.1 de otra parte, desde que se dicte el "despacho" de suspensión provisional y mientras dure esta situación, queda interrumpido el plazo de prescripción del procedimiento criminal (282.2); si cesa la causa de suspensión y el proceso prosigue, el plazo, volverá a correr (119.3 CP), computándose también el plazo transcurrido hasta el momento en que se decidió la suspensión provisional del proceso*». Ello no obstante, en algunos delitos el umbral temporal puede alcanzar los cinco años (apartados 2 y 5 del artículo del 282 del CPP)[25].

Una vez adoptadas las *injunções ou regras de conduta* y suspendido provisionalmente el proceso caben dos posibilidades. La primera es que el victimario haya cumplido con lo exigido, caso en que el Ministerio Público deberá archivar el procedimiento de manera definitiva, esto es, sin que quepa reabrirlo con posterioridad. A este respecto según establece el artículo 282.3 del CPP, el Ministerio Público es el encargado de archivar el procedimiento sin que para ello sea precisa la participación del juez[26]. La segunda posibilidad es que el acusado no se haya atenido a lo indicado en el *despacho* de la suspensión provisional[27]. En este caso, de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 282.4 del CPP, el proceso debe ser reabierto y continuar, «(…) *sin que pueden repetirse las prestaciones hechas* (...)».

Insistimos nuevamente en la falta —a nuestro juicio— de plasticidad de la institución, pues al establecer que, ante el incumplimiento del acusado, el proceso debe ser necesariamente reanudado, se está cerrando la puerta de la *sus-*

---

25. El apartado 5 remite a los apartados 7 y 8 el artículo 281 del CPP.

26. La cuestión guarda lógica si tenemos presente que dado que el Ministerio Público es el *dominus* del *inquérito*, fase en la que se ubica la suspensión provisional.

27. Más precisamente dispone el artículo 282.4 del CPP: «*O processo prossegue e as prestações feitas não podem ser repetidas: a) Se o arguido não cumprir as injunções e regras de conduta; ou b) Se, durante o prazo de suspensão do processo, o arguido cometer crime da mesma natureza pelo qual venha a ser condenado*».

pensão ante cualquier clase de incumplimiento, sin establecer ningún tipo de gradación. Justamente ahondando en esta cuestión, cabe preguntarse acerca de la posibilidad de que se produzcan incumplimientos leves o no dolosos, o incluso que el acusado pueda ser considerado incumplidor al producirse un desajuste en la interpretación de una condición[28].

Lo cierto es que no parece razonable hacer depender las incontables ventajas del instituto de cuestiones de este tipo. Si en efecto el legislador portugués entiende que para el tratamiento de la criminalidad leve y mediana la figura de la suspensión provisional resulta óptima, carece de sentido que haga pender su eficacia de, por ejemplo, circunstancias de las que el victimario puede no ser responsable[29].

Para concluir, en palabras de GALAIN PALERMO, «*La "suspensão provisória do processo" del artículo 281* (...) *no tiene paralelo en el derecho comparado, pues ninguna otra legislación penal admite tan amplia participación de los implicados en la construcción del diálogo. Incluso para el caso de que esta norma pueda tener como antecedente el 153ª StPO, se diferencia de él al permitir la intervención de la víctima ("asistente") para la obtención del consenso. Las normas que permiten la suspensión provisional del proceso (o, como utiliza*

---

28. La referencia se efectúa con base en el texto legal, más allá, por tanto, del debate jurisprudencial.

29. DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Justicia criminal consensuada. Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal, …op. cit.,* pp. 199 y ss.
Este mismo autor referencia en relación al problema de la constitucionalidad de la cuestión, «*La suspensão provisória do proceso ha suscitado dudas a propósito de la aplicación por el Ministerio Fiscal de ciertas obligaciones que constituyen verdaderas privaciones parciales de libertad; asimismo, se cuestiona la discrecionalidad subyacente en la decisión del Fiscal y la aparente vulneración de la presunción de inocencia del imputado. Se ha sustentado que la inconstitucionalidad de las obligaciones y reglas de conducta a que puede ser sometido el imputado radica en la gravedad de algunas de ellas. Concretamente, las condiciones de no ejercer determinadas profesiones, no frecuentar ciertos ambientes o lugares, y no residir en ciertos lugares o regiones, restringen derechos fundamentales de los ciudadanos en términos tales que tornan inadmisible su imposición por quien no ejerce funciones jurisdiccionales, lo que no sucedería si las condiciones a imponer tuviesen un carácter fundamentalmente patrimonial. Frente a ello, expone DA COSTA ANDRADE que se olvida en ese argumento la decisiva circunstancia de que las obligaciones y reglas de conducta sólo pueden ser impuestas mediante acuerdo del imputado. Los derechos y libertades que sufren la restricción de las obligaciones o reglas de conducta no son indisponibles, como parecen asumir explícita o implícitamente los críticos del instituto. Dada la inexistencia de disposición constitucional o legal al respecto, nada legitima la invocación de límites a la autonomía personal que se expresa en la aceptación de las obligaciones y reglas de conducta. Pero es que, además, al querer infravalorarse el acuerdo, no se encuentra razón alguna para un tratamiento diferenciado según se hallen en juego derechos patrimoniales o personales* (…) *Algunas de las críticas al instituto tuvieron su eco en el propio Tribunal Constitucional. El voto particular a la resolución 7/87, apuntó lo que consideraba ser la discrecionalidad de la suspensión provisional del proceso, así como el peligro que conlleva bajo la forma de una "impunidad selectiva". Se parte de conceptuar las condiciones y reglas de conducta como auténticas penas: "el hecho de ser necesaria la conformidad del imputado no desvirtúa en aquellas medidas el carácter de verdaderas penas, pues el imputado sólo consentirá en ellas para evitar someterse a la audiencia del juicio". Tras afirmar que este instituto hará aparecer "dos tipos de condena y de condenados": los verdaderos y propios, condenados por un Juez con todas las garantías, y los condenados por el Ministerio Fiscal, concluye diciendo que no ve "cómo esta forma paccionada de enjuiciamiento y de condena por parte del Ministerio Fiscal puede ser compatible con algunos de los más elevados principios constitucionales, señaladamente, con la competencia exclusiva de los Tribunales para juzgar y con la reserva del Juez para imponer privaciones o restricciones de libertad a los ciudadanos"* (…)», (pp. 201-205).

ROXIN, el "sobreseimiento por allanamiento") parten de la idea de que se trata de una solución de consenso, que justifica y legitima todo, pues tales normas son aptas para alcanzar la paz jurídica (…) *Existe un evidente paralelismo entre el 153ª StPO y la suspensão provisória, no obstante consideramos esta segunda una figura más acabada al considerar en su regulación la posición de la víctima, cuestión esta que no sucede en la disposición alemana*»[30].

3. *Suspensão provisória*: ¿un marco de posibilidad para la Justicia restaurativa en el sistema español?

Con todas las salvedades, el modelo portugués expuesto bien puede servir para abrir un frente de nuevas posibilidades en favor de la Justicia restaurativa[31] en el proceso penal español de adultos.

No se pretenden negar aquí las objeciones y reparos que la suspensión provisional presenta en el actual sistema de Justicia penal portugués. Tal y como se ha señalado, la falta de flexibilidad a la hora de adoptar las *injunções, regras de conduta* y al fiscalizar que el acusado se ha atenido a lo indicado en el *despacho* de la suspensión provisional, dificultan el desarrollo de buena parte de las potencialidades restaurativas de la *suspensão.*

Con todo, resultan innegables las oportunidades que el referido instituto arbitra para la Justicia restaurativa. En primer lugar, su configuración permite erigirlo en la clave de bóveda de casi cualquiera fórmula restaurativa, toda vez que sin negar la influencia de principios tales como la eficacia y la celeridad, su idiosincrasia resulta propicia para posibilitar el diálogo entre partes, la reparación de la víctima y la resocialización del victimario. En este caso, al contrario de lo que sucede en el *patteggiamento* italiano, el objetivo de agilización no sólo resulta compatible, sino que se ajusta perfectamente a la inequívoca vocación humanizadora de la Justicia del instituto.

De igual modo debe notarse, en segundo lugar, que rigiendo el principio de legalidad en el sistema penal portugués, éste admite a título de excepción la posibilidad representada por la suspensión provisional.

---

30. GALAIN PALERMO, P., «Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes», en VV.AA., *Ars ivdicandi. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, ...op. cit.*, p. 843.

31. De interés, MENDES MARTINS DA AGRA, C. y DE FREITAS E CASTRO, J.M., «Mediação e justiça restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto,* número 2 (2005), pp. 95-112.

Entroncado con lo anterior, en tercer lugar, la suspensión provisional se produce en la fase de investigación con todo lo que ello comporta a la hora de sortear los temidos efectos de la victimización[32].

En cuarto lugar, las condiciones para poder adoptar la suspensión no resultan en exceso exigentes por lo que finalmente el ámbito objetivo resulta amplio, abriéndose así la posibilidad restaurativa para no pocos supuestos.

Además, en quinto lugar, la exigencia de la *concordância do arguido e do asistente* es susceptible de vehiculizar, dada la imprecisa literalidad del presupuesto, una más que interesante pluralidad heterogénea de métodos restaurativos.

Por último, en sexto lugar, no cabe duda de que la posibilidad de que el Ministerio Público seleccione como *injunções* o *regras de conduta,* cualquiera adecuada al caso siempre que no atente contra la dignidad del acusado, permite que en la elección se prioricen aspectos tales como la reparación de la víctima y la resocialización del propio victimario. Así, más allá del catálogo previsto legalmente, la posibilidad de configurar libremente[33] la medida o regla permite adaptarla a las especificidades del caso, diversificando de este modo la respuesta a los hechos delictivos en función de la gravedad, las circunstancias, etc.

Todas estas virtualidades no han pasado desapercibidas para el (pre)legislador español. Buena prueba de ello es que tanto el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, como la Propuesta de Nuevo Código Procesal Penal de 2013, contemplaban figuras más que afines a la *suspensão* portuguesa. Así, el primero de los textos disponía que, en presencia de determinadas circunstancias, el Ministerio Fiscal podía acordar la suspensión del procedimiento de investigación por razones de oportunidad, condicionándola al cumplimiento de una o varias obligaciones o reglas de conducta por parte del investigado.

De modo semejante la propuesta de 2013 destacaba en su artículo 92.1 que «*Durante la fase de investigación la causa por delitos leves o menos graves podrá suspenderse por un plazo de hasta dos años cuando el encausado acepte la realización de prestaciones de dar, hacer o no hacer que le proponga el Ministerio Fiscal con el fin de afrontar su responsabilidad civil, someterse a tratamiento de su adicción en su caso o realizar trabajos en beneficio de la comunidad que priven de sentido a la imposición de pena*».

32. Más allá de las dificultades que este tipo de medidas acostumbran a presentar a esas alturas del proceso.

33. Insistimos: siempre que no atente contra la dignidad del acusado.

A la vista de todo lo señalado, se puede concluir —desde una perspectiva *de lege ferenda*— que la suspensión condicional resulta una figura de interés para el proceso penal español, toda vez que —a través del recurso al principio de oportunidad reglada[34]— no sólo permite dar debido cumplimiento a los fines del sistema de Justicia penal, sino que también habilita una posibilidad procesal más para las diferentes formulaciones restaurativas.

En definitiva, no cabe duda de que «(…) *la referencia al modelo portugués es obligada, como paradigma de la posibilidad de incorporación del principio de oportunidad y de su coexistencia con el principio de legalidad y obligatoriedad de la acción penal, en el ámbito en que opera el proceso penal de los países con tradición continental. Asimismo,* (…) *podrá servir como fuente de inspiración en las futuras reformas del sistema de enjuiciamiento criminal español* [35]*que pretendan potenciar los fines de política criminal que deben informar la incorporación de soluciones alternativas al proceso penal tradicional*»[36]*.*

34. Más allá de lo indicado en relación a los delitos leves.

35. Insistimos: reformas que rebasen el carácter de simbólico de modificaciones como la prevista al respecto en la LO 1/2015.

36. Almeida Silva, K.C., *La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal,* Universidad Carlos III, Getafe, 2008, p. 348.

2 | El deber de denunciar del árbitro

D. José Caro Catalán
Doctorando de la Universidad de Cádiz
Área de Derecho Procesal

1. Introducción

La vigencia del principio de confidencialidad en el arbitraje es uno de los argumentos que con más frecuencia se ha empleado para defender la utilización de este método de resolución de conflictos heterocompositivo frente al proceso judicial[1]. Se trata de una característica que deriva de la naturaleza privada del arbitraje que permite a las partes preservar la confidencialidad de las relaciones contractuales objeto del litigio y mantenerlas alejadas del escrutinio de las jurisdicciones estatales[2]. De esta forma, la confidencialidad se nos presenta como un instrumento de gran utilidad, sobre todo en aquellas disputas comerciales donde se discute sobre cuestiones a las que no conviene dar publicidad (p. ej. operaciones en materia de propiedad intelectual o industrial).

No obstante, más allá de las innumerables ventajas de la confidencialidad del proceso arbitral, no se puede perder de vista que, en algunas ocasiones, esa característica del arbitraje puede favorecer a que este medio de resolución de controversias se presente como el ideal para resolver disputas que las partes quieren mantener fuera del conocimiento de la jurisdicción ordinaria por razones no tan legítimas[3]. En este sentido, FERNÁNDEZ ROZAS señala que, con el secreto del procedimiento, se «puede encubrir fraudes a la inspección fiscal y llevar a la decisión arbitral cuestiones que importa ocultar a los tribunales por

1. LÓPEZ FRAGOSO, T., «Art. 24 Principios de igualdad, audiencia y contradicción», en AAVV, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje,* (Cord. J. Garberí Llobregat), Bosch, 2004, p. 598.

2. COOK, T., y GARCÍA, A., *International intelectual property arbitration,* Kluwer Law International, 2010, p. 239.

3. Es fácil imaginarse supuestos en los que un contrato con apariencia de licitud en realidad encubre operaciones delictivas. Pensamos en una operación cuyo objetivo sea blanquear dinero, evadir impuestos o, aún más grave, realizar transacciones con mercancías ilegales (drogas, armas, personas etc.)

su naturaleza ilegal o ilícita[4]». Esta situación ha sido denunciada en los últimos años por la doctrina internacional[5], e incluso la propia Cámara de Comercio Internacional en 2014 publicó un importante dosier sobre corrupción y arbitraje[6].Se puede decir que se ha producido un cambio de mentalidad respecto al papel que los árbitros deben desempeñar en el arbitraje cuando se encuentran con estas circunstancias. Como expone FERNÁNDEZ ARMESTO, «es cierto que la actitud inicial fue algo tibia: ciertos árbitros vieron la corrupción como un problema endémico (…) pero esto es pasado. Hoy en día el arbitraje internacional ha asumido una postura altamente combativa[7]».

En este contexto, nos planteamos cómo debe actuar el árbitro en el supuesto en el que, durante el desarrollo del proceso arbitral, tenga noticia de que las partes han cometido un ilícito penal que tratan de encubrir con el contrato objeto del litigio. Para ello, vamos a analizar los resortes con los que cuenta el ordenamiento jurídico español para solucionar el problema de la corrupción en el arbitraje. En concreto, se va a estudiar si el deber denunciar que impone el art. 262 LECrim a aquellos que «por razón de sus cargos, profesiones y oficios tuvieren noticia de algún delito público» es aplicable los árbitros. Para conseguir este objetivo, se va a delimitar el alcance y contenido del deber de confidencialidad que establece el art. 24.2 de la Ley de Arbitraje. Así mismo, se tratará de acotar el alcance del deber del art. 262 LECrim y la excepción del art. 263 LECrim.

2. La confidencialidad en la Ley de Arbitraje

Como se viene comentando, la confidencialidad es una de las características más destacadas del procedimiento arbitral, especialmente en el ámbito comercial internacional. No obstante, no existe una regulación uniforme en las diferentes leyes nacionales. Resulta curioso que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, Ley Modelo) no se refiera de

---

4. Añade el autor como ejemplos de posibles operaciones ilegales: repartos de zonas para evitar competencias o para mantener prácticas monopolísticas o cono el porpósito de asegurar una operación de corrupción. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial», *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones,* vol. II, núm. 2, 2009, pp. 335-378.

5. Véase: HWANG, M., y LIM, K., «Corrupcion in Arbitration— Law and Reality», disponible en: https://www.arbitration-icca.org/media/4/97929640279647/media013261720320840corruption_in_arbitration_paper_draft_248.pdf (última consulta 24/09/18)

6. BAIZEAU, D., y KREINDLER, R. H., «Addressing issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration», *Dossier XI of the ICC Institute of World Business Law,* 2015 Edition.

7. FERNÁNDEZ ARMESTO, J., «La lucha contra la corrupción desde el arbitraje», en *VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*, CEU ediciones, 2018. Disponible en: http://www.idee.ceu.es/Portals/0/CIAMEN/Hugo%20Grocio%202014%20La%20lucha%20contra%20la%20corrupci%C3%B3n%20desde%20el%20arbitraje.pdf?ver=2018-02-13-101813-930 (última consulta: 24/09/18)

forma expresa a la confidencialidad en el arbitraje. Es quizás esa falta de regulación en la Ley Modelo una de las causas más importante de la ausencia de una concepción más clara y uniforme de la confidencialidad. Teniendo en cuenta la importante adhesión de los Estados a la Ley Modelo[8], es fácil imaginar el efecto que una regulación de la materia hubiera podido provocar. Ante esta situación, la doctrina[9] ha clasificado las legislaciones arbitrales en tres categorías diferentes en función del tratamiento de la confidencialidad:

— Aquellas que no contienen si quiera una mera mención de la confidencialidad.
— Aquellas que apenas enuncian un principio general, aunque sin mayor regulación.
— Aquellas que avanzan en una reglamentación que pretende abarcar los supuestos más usuales.

Si atendemos a esta clasificación, la legislación española quedaría encuadrada en el segundo de los grupos. El art. 24.2 de la Ley de Arbitraje (en adelante, LA) dispone que «Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales». Como se puede comprobar, se trata de una regulación muy parca, limitándose a señalar el alcance subjetivo del precepto, sin especificar sobre su alcance objetivo. Por lo tanto, no se puede afirmar que en el ordenamiento español exista una reglamentación de esta cuestión, sino que más bien parece que la intención del legislador era la de enunciar este deber con carácter general.

En lo relativo al ámbito subjetivo, el art. 24.2 LA señala directamente a los árbitros, las partes y a las instituciones arbitrales. No obstante, esto no quiere decir que el deber de confidencialidad que recae sobre las partes, y el que recae sobre los árbitros y las instituciones arbitrales, sean idénticos. Como señala López Fragoso, mientras que, para los árbitros, «salvo causa de justificación, la confidencialidad constituye una obligación no disponible, las partes pueden disponer de dicho deber de privacidad[10]». Una clara manifestación del poder de disposición que ostentan las partes sobre este deber es el art. 63 del Regla-

8. Actualmente 80 Estados han promulgado una legislación arbitral basada en la Ley Modelo, según la propia CNUDMI. Consultado en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (última consulta: 25/09/2018)

9. Caivano, R., «El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercia desde un enfoque comparativo», *Lima arbitration,* núm. 4, 2010, p. 119.

10. López Fragoso, T., «Art. 24 Principios de igualdad, audiencia..., op. cit. p. 598.

mento de Arbitraje de la CIMA[11] al establecer que «el laudo sólo podrá hacerse público con el consentimiento de todas las partes».

Pocas pistas ofrece el art. 24.2 acerca del ámbito objetivo. El artículo se limita a extender el deber a «las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales», sin precisar nada más. El legislador ha optado por establecer un deber muy amplio de confidencialidad, ya que abarca a todas las informaciones que el árbitro haya podido conocer como consecuencia de su labor arbitral. Pese a lo escueto del artículo, consideramos que el legislador acertó al imponer un deber genérico a los intervinientes en el arbitraje. Dicho esto, entendemos que la Ley de Arbitraje al establecer un deber tan amplio de confidencialidad, debería de haber regulado seguidamente las excepciones relativas a este principio, sobre todo en lo relativo a los árbitros.

La confidencialidad se presenta para las partes con la doble condición de deber y de derecho. Las partes tienen el deber de no difundir la información que conozcan como consecuencia del procedimiento arbitral, y tienen el derecho de exigir a la contraparte, al árbitro y, en su caso, a la institución arbitral, que no difunda las «informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales» (art. 24.2 LA). Ahora bien, no se trata de un derecho absoluto.

La doctrina[12] ha identificado dos límites a la confidencialidad. En primer lugar, las llamadas excepciones naturales, que engloba aquellos supuestos en los que la difusión del laudo es la consecuencia de acudir a los tribunales estatales, ya sea para la solicitud de funciones de apoyo o, como suele ser más frecuente, para ejercer la acción de anulación del laudo. En segundo lugar, se habla de la excepción por interés público para referirse a los supuestos en los que el interés privado de las partes de guardar el secreto de las informaciones relativas al proceso arbitral sucumbe ante el interés público.

El problema con esta última excepción es delimitar el concepto de interés público, ya que no existe una definición legal a la que podamos atenernos. En este sentido, MERINO MERCHÁN expone que, por interés público, se puede entender «todo aquello que afecta a los ciudadanos como partes inherentes de una colectividad sobre la que planean intereses generales, y que, por tanto, éstos tienen derecho a conocer como sujetos libres de una sociedad democrática[13]».

---

11. Corte Civil y Mercantil de Arbitraje. Reglamento disponible en: http://arbitrajecima.com/wp-content/uploads/2018/09/Reglamento-CIMA-2017-Espa%C3%B1ol.pdf (última consulta: 25/09/2018)

12. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad…, op. cit. pp. 366-367.

13. MERINO MERCHÁN, J. F., «Confidencialidad y arbitraje», *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 2, 2008, p. 22.

En cualquier caso, con independencia del concepto de interés público que se quiera seguir, se trata de un concepto jurídico indeterminado y, por lo tanto, para una mayor concreción se deberá acudir al caso concreto para determinar si, según las circunstancias concurrentes, se puede apreciar que el interés público debe prevalecer sobre el interés privado de las partes en el arbitraje.

Llegados a este punto, y centrándonos ya en la hipótesis del trabajo, cabe plantearse si el supuesto de que el árbitro tenga noticia de la comisión de un delito a consecuencia del arbitraje puede incluirse en el ámbito de la excepción de interés público. Parece claro, y así lo entiende la doctrina[14], que dentro de este concepto deben incluirse cuestiones penales y fiscales, por la naturaleza eminentemente pública de ambas. En consecuencia, a priori se podría afirmar que el supuesto planteado debe encuadrarse dentro de la excepción de interés público[15].

No obstante, consideramos que la consecuencia de aplicar en este supuesto la excepción del interés público sería que los árbitros tendrían la posibilidad de acudir a la autoridad competente y comunicarle las informaciones, que a priori eran confidenciales, por las que considera que se ha cometido un delito. Sin embargo, en ningún caso esa excepción del deber de confidencialidad supondría por sí misma el deber de denunciar los hechos que el árbitro considera delictivos. Frente a esta situación, y ante el silencio de la Ley Arbitraje, solo cabe acudir al art. 262 LECrim para tratar de solucionar esta cuestión.

3. La aplicación del art. 262 LECrim

Una de las formas de iniciación del proceso penal es la denuncia. Con carácter general, la LECrim en su art. 259 dispone que «El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal, o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare». Se trata de un deber general que no sería aplicable a la hipótesis que planteamos en este trabajo, ya que difícilmente el árbitro va a ser testigo directo de la comisión de un delito durante el desarrollo del procedimiento.

Esa obligación genérica de denunciar se convierte en una obligación cualificada cuando el sujeto tiene conocimiento de delito por razón de su cargo, profe-

14. Fernández Rozas, J. C., «Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad…, op. cit. p. 369.

15. A falta de un respaldo legal o jurisprudencia sólido que nos permita excepcionar el deber de confidencialidad con una mayor seguridad jurídica.

sión u oficio (art. 262 LECrim). Este deber cualificado tiene un ámbito subjetivo bastante más limitado que la obligación genérica del art. 259 LECrim. No obstante, parece indiscutible que dentro del término profesión se encuentra la figura del árbitro. Pero a nuestro juicio lo más relevante de este precepto es que el legislador ya no exige que se haya presenciado directamente la comisión del delito, sino que es suficiente con que se tenga noticia del mismo. De esta forma, como expone GIMENO SENDRA, este deber cualificado «extiende su ámbito de aplicación también a los testigos indirectos[16]».

Acorde con este planteamiento, si el árbitro tiene noticia, ya sea a través de la prueba aportada de parte o de sus alegaciones, de la comisión de un hecho delictivo estaría obligado a «denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción». Se produciría una colisión entre el deber de denunciar que impone este precepto y el deber de confidencialidad del art. 24.2 LA, que podría quedar salvada por la aplicación de la excepción del interés público expuesta anteriormente.

Se puede plantear si la excepción del art. 263 LECrim es aplicable a los árbitros. Establece este precepto que «la obligación impuesta en el párrafo primero del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes».

La primera cuestión que debemos resolver para determinar la aplicación o no de la excepción es si dentro del término «abogado» se puede encuadrar a la figura del árbitro. En principio, parecen figuras diferentes, pero como vamos a ver pueden ser coincidentes. El abogado, según el art. 542 LOPJ es «un licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico». Para interpretar este concepto tan abstracto de abogado que establece el precepto, podemos apoyarnos en el Proyecto de Reforma del Estatuto General de la Abogacía Española[17] que en su art. 5 establece el ámbito del ejercicio profesional. A parte de las funciones más convencionales de representación, el art. 5 *in fine* dispone que el abogado: «también podrá ejercer como árbitro, mediador o interviniente en cualesquiera otros métodos alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos o litigios». Si seguimos este precepto, se podría llegar a la conclusión de que cuando el abogado está arbitrando está ejerciendo la abogacía. Lo que no quiere decir, que todo aquel que ejerza la función de árbitro sea abogado[18].

---

16. GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Colex, 2014, p. 168.

17. Aunque todavía no se ha aprobado por el Ministerio de Justicia, nos puede ser útil para interpretar el art. 542 LOPJ, ya que el Estatuto vigente no establece una disposición expresa en la materia.

18. Esta cuestión será tratada con mayor profundidad al final de este trabajo.

Con anterioridad a la reforma de la Ley de Arbitraje de 2011, el art. 15.1 establecía que «en los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario». Sin embargo, con la reforma de 2011, se modificó esta disposición y actualmente solo se exige la condición de jurista, salvo acuerdo contrario de las partes, cuando el arbitraje «se haya de resolver por árbitro único» excepto en los arbitrajes de equidad. Además, se exige que al menos uno de los árbitros ostente la condición de jurista «cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros». De esta forma, con la legislación actual la función de arbitrar no queda reservada a los profesionales de la abogacía, sino que, como expone la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011[19], se abre «el abanico de profesionales, con conocimientos jurídicos que pueden intervenir en el mismo, cuando se trata de un arbitraje de derecho. Pero, también, previendo, de forma expresa, que es posible la intervención de otro tipo de profesionales, no necesariamente pertenecientes a dicho campo del conocimiento». Siguiendo este razonamiento, la aplicación de la excepción del art. 263 LECrim solo podría ser aplicable a los árbitros que tuvieran la condición de abogados, pero no al resto.

Dicho esto, si seguimos con el análisis del art. 263 LECrim se deduce que su ámbito objetivo es bastante limitado. Se refiere el artículo a la información que el abogado obtenga por «las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes». En consecuencia, esta excepción no se puede aplicar al árbitro que tiene noticia del delito a través de la información que las partes aportan al procedimiento, en primer lugar, porque esa aportación no se debe calificar como «instrucciones» o «explicaciones» y, en segundo lugar, porque las partes no son clientes de los árbitros.

A pesar de no ser aplicable la excepción del art. 263 LECrim, este razonamiento nos lleva a plantearnos si las obligaciones relativas al secreto profesional del abogado son aplicables al abogado-árbitro[20]. Es decir, si seguimos lo dispuesto por el proyecto de reforma del Estatuto General de la Abogacía, dentro del ámbito del ejercicio profesional de la abogacía se encuentra desempeñar la función de árbitro[21]. Si hacemos una interpretación literal del art. 452.3 LOPJ

19. 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

20. Término acuñado en Jiménez-Blanco, G., «Abogado-árbitros y árbitros-abogados: el problema del doble gorro» en *El confidencial*. Disponible en: https://blogs.elconfidencial.com/economia/arbitrando-que-es-gerundio/2016-06-03/abogados-arbitros-doble-gorro_1208959/ (última consulta 01/10/2018).

21. El art. 5.1 del proyecto de reforma del Estatuto General de la Abogacía dispone que: El Abogado podrá ejercer su profesión ante cualquier clase de órganos jurisdiccionales y administrativos de España, así como ante cualesquiera entidades o personas públicas y privadas. También podrá ejercer como árbitro, mediador o interviniente en cualesquiera otros métodos alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos o litigios.

cuando establece que: «Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos» no habría dudas de que el abogado-árbitro estaría sujeto al deber de guardar secreto de todas las informaciones que conozcan a consecuencia del arbitraje. En relación con nuestra hipótesis, al estar regulado el deber de secreto profesional en Ley Orgánica (LOPJ), y teniendo en cuenta que abarca a «toda la información, hechos o noticias de los que tenga conocimiento el abogado en el marco de su actividad profesional[22]», el deber de denunciar del art. 262 LECrim no sería aplicable a los abogados-árbitros. Esta interpretación nos llevaría a la indeseable consecuencia de la existencia de dos regímenes distintos del deber de confidencialidad en el arbitraje. Frente a la misma situación de hecho, que un árbitro tenga noticia de la comisión de un delito por las partes el desarrollo del procedimiento arbitral, el árbitro estaría obligado a denunciar en función de si ostenta la condición de abogado.

Por fortuna, para llegar a esa situación sería necesario interpretar que el abogado, cuando desempeña la labor arbitral, está ejerciendo la abogacía. Esta sería, a nuestro juicio, la interpretación más acorde al Proyecto de reforma del Estatuto General de la Abogacía Española[23]. Sin embargo, el texto está pendiente de aprobación por el Ministerio de Justicia desde junio de 2013, hecho que nos hace dudar sobre la posibilidad de que el texto finalmente sea aprobado.

El Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, EGAE) vigente en este momento[24] establece un ámbito del ejercicio profesional bastante más limitado. El art. 6 EGAE dispone que: «Corresponde en exclusiva la denominación y función de Abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico». Resulta difícil, sin desnaturalizar la norma, encuadrar la función arbitral en alguna de las tres grandes funciones que enuncia el precepto. El arbitraje ha sido calificado por el Tribunal Constitucional como equivalente de la función jurisdiccional[25], y ninguna de las tres funciones que enuncia el precepto (dirección y defensa del cliente en toda clase de procedimiento, asesoramiento y consejo) se acerca siquiera a ese concepto.

---

22. Andino López, J. A., *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, Bosch, 2014.

23. El art. 5 del proyecto es explícito al incluirlo dentro del ámbito del ejercicio profesional. Disponible en: https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/05/Estatuto-General-de-la-Abogacia.pdf (última consulta 1/10/2018)

24. Disponible en: https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf (última consulta 1/10/2018)

25. Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, de 4 de octubre.

De esta forma, lo más acorde con la regulación vigente es interpretar que el abogado cuando es nombrado árbitro no está ejerciendo la abogacía, sino que las funciones arbitrales van más allá de las propias de la profesión de abogado. Además, esta interpretación es más respetuosa con el espíritu de la reforma de la Ley de Arbitraje de 2011, que como se comentó más arriba, eliminó la exigencia de que el árbitro ostentara la condición de abogado. Con la regulación actual, solo en algunos supuestos es exigible que el árbitro sea jurista, pero en ningún caso se exige que sea abogado.

En consecuencia, si concurre un supuesto como el que nos planteamos en la hipótesis de este trabajo, entendemos que, al menos en un plano teórico, al árbitro —con independencia de la profesión que ejerza— le será de aplicación el art. 262 LECrim. No obstante, en la práctica las respuestas de los árbitros a este tipo de situaciones suelen ser muy diferentes, en función de las circunstancias de cada caso. Se trata de una cuestión compleja que deberá ser estudiada en otro lugar.

4. Conclusiones

De lo expuesto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1) El deber de confidencialidad que impone el art. 24.2 LA no es absoluto. Una de las excepciones más importantes es la concurrencia de interés público.
2) No existe una definición legal de interés público, por lo que su apreciación dependerá del caso concreto. No obstante, la doctrina entiende que las cuestiones fiscales y penales pertenecen a la esfera del interés público.
3) La situación descrita en la hipótesis de este trabajo entra dentro del ámbito de aplicación del art. 262 LECrim.
4) La excepción del art. 263 LECrim no es aplicable al árbitro-abogado ya que se refiere estrictamente a la relación abogado-cliente en el contexto del proceso.
5) En el caso de que el árbitro ostente la condición de abogado no le es de aplicación el deber de secreto profesional del art. 452.3 LOPJ en el ejercicio de la función arbitral. Este deber es aplicable a los abogados respecto de sus actuaciones profesionales, y según la regulación actual el desempeño del papel de árbitro, no debe considerarse como una función perteneciente al ámbito del ejercicio de la abogacía.
6) Si el Proyecto de Reforma del Estatuto de la Abogacía se aprueba, tal y como está redactado, podría generar importantes dudas interpretativas a la hora de determinar si un abogado cuando arbitra está ejerciendo su

profesión y si, en consecuencia, estaría sujeto al deber del secreto profesional del art. 452.3 LOPJ cuando ejerce como árbitro.

5. Bibliografía

ANDINO LÓPEZ, J. A., El secreto profesional del abogado en el proceso civil, Bosch, 2014.

BAIZEAU, D., y KREINDLER, R. H., «Addressing issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration», Dossier XI of the ICC Institute of World Business Law, 2015.

CAIVANO, R., «El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercia desde un enfoque comparativo», Lima arbitration, núm. 4, 2010,

COOK, T., y GARCÍA, A., International intelectual property arbitration, Kluwer Law International, 2010.

FERNÁNDEZ ARMESTO, J., «La lucha contra la corrupción desde el arbitraje», en VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje, CEU ediciones, 2018.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial», Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones, vol. II, núm. 2, 2009.

GIMENO SENDRA, V., Manual de Derecho Procesal Penal, Colex, 2014.

LÓPEZ FRAGOSO, T., «Art. 24 Principios de igualdad, audiencia y contradicción», en AAVV, Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, (Cord. J. Garberí Llobregat), Bosch, 2004.

MERINO MERCHÁN, J. F., «Confidencialidad y arbitraje», Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje, núm. 2, 2008.

3 | La deriva de la prueba ilícita en la jurisprudencia (a raíz de la admisión de listas de evasores fiscales)*

Ana E. Carrillo del Teso
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
ana_cdt@usal.es

I. Introducción

Corría el verano de 2012 cuando se hizo conocido en España el nombre de Hervè Falciani. Había un constante flujo de noticias sobre este antiguo trabajador de uno de los principales bancos suizos, el HSBC, que había sido detenido en territorio español tras pasar por Francia, y cuya extradición demandaba Suiza. Se le acusaba de haber recopilado una base de datos de clientes de dicho banco (a los que tenía acceso por su actividad laboral) y haberla intentado vender en Beirut. Había sido detenido e interrogado en Ginebra, tras lo cual se trasladó a Francia, donde de nuevo sería interrogado sobre la base de una orden de detención difundida a nivel europeo. El Sr. Falciani había facilitado al fisco francés una lista de algunos evasores fiscales; pero, además, en el curso de un registro domiciliario, las autoridades francesas intervinieron una serie de archivos que, por mor de convenios bilaterales para evitar el fraude fiscal, fueron entregados a otros Estados, entre ellos España.

Pues bien, su extradición fue rechazada dos veces por la Audiencia Nacional. La primera, en Auto de 8 de mayo de 2013[1], cuando el procedimiento en Suiza se encontraba en fase de instrucción, fue desestimada por no concurrir el requisito de doble incriminación, al considerar que el delito que se invocaba no

* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-79895-P *La reforma del decomiso y la recuperación de activos derivados del delito* (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad); así como en el Proyecto de Investigación SA129G18 *La armonización normativa del decomiso y de la recuperación de activos en la Unión Europea* (Junta de Castilla y León).

1. AAN 19/2013, de 8 de mayo (ROJ 258/2013).

está tipificado en el Código Penal español. La segunda, con base en una sentencia de condena a una pena privativa de libertad de cinco años por delito de espionaje financiero agravado según la legislación suiza, fue rechazada en Auto de 17 de septiembre de 2018[2] por excepción de cosa juzgada, ya que los hechos en los que se basa la sentencia suiza son los mismos que fueron valorados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la anterior ocasión.

No obstante, además del devenir del Sr. Falciani, jurídicamente se presentó otra cuestión tan interesante como polémica: hasta qué punto podían usarse como prueba, tanto en procedimientos de índole tributaria como en sede penal (en el enjuiciamiento de delitos fiscales), esas listas de evasores que obtuvo con infracción de sus deberes y de los derechos de protección de datos de los clientes del HSBC, pero que llegaron a manos de las autoridades españolas a través de canales de cooperación internacional, o dicho de otro modo, si deberían considerarse como prueba ilícita por los mecanismos usados para su obtención, y por tanto ser excluidas del juicio. Esta pregunta no solo se la han tenido que plantear los tribunales españoles, sino que con anterioridad también los órganos jurisdiccionales franceses e italianos tuvieron que resolver si las conocidas como «Listas Falciani» podían ser usadas como prueba, llegando a soluciones contradictorias.

Sin embargo, a nivel europeo no era la primera vez que aparecía el dilema de la prueba obtenida por particulares de forma discutible, con el componente añadido de la validez de la prueba transfronteriza: ya sucedió en el caso KB Lux, sobre el que se pronunciaron autoridades belgas y holandesas. También con el asunto Liechtenstein Global Trust Treuhand AG, que dio lugar a pronunciamientos tanto del Tribunal Constitucional alemán como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Nos encontramos con un tema que es siempre pertinente por sus implicaciones teóricas y prácticas: la prueba ilícita como afección del núcleo del derecho al debido proceso; pero que además es extraordinariamente actual. Por ello, en el presente trabajo pretendemos, en primer lugar, presentar algunas notas sobre los conceptos de prueba ilícita y prueba irregular y cómo ha evolucionado la jurisprudencia española sobre los mismos, tanto constitucional como del Tribunal Supremo. A continuación, profundizaremos en la STS 116/2017[3], que admite estas listas de evasores fiscales como prueba. Por último, plantearemos algunas reflexiones finales acerca de estas cuestiones.

---

2. AAN 50/2018, de 17 de septiembre (ROJ 1531/2018).

3. STS 116/2017, de 23 de febrero (ROJ: 471/2017).

II. La prueba ilícita y su desarrollo procesal: un concepto volatil

La admisibilidad de la prueba ilícita se enmarca en la tensión entre el respeto a los derechos fundamentales y la búsqueda de la verdad material. Aunque esta tensión está presente en todos los órdenes jurisdiccionales, es particularmente intensa cuando se trata del proceso penal, en el que la posible exclusión de una prueba por la forma en que fue obtenida puede llevar a dejar impune un delito cuya comisión es de sobra conocida, y con ello dejar desamparada a la víctima, o provocar desafección en la sociedad hacia el sistema de justicia. Es por esto por lo que las posiciones jurisprudenciales sobre la prueba ilícita son pendulares,[4] en ocasiones decantándose radicalmente a favor de uno de los dos extremos del dilema planteado, pero la mayoría del tiempo oscilando y modulando su postura con excepciones a las reglas generales.

1. Breves notas sobre la *Exclusionary Rule* y sus excepciones en Estados Unidos

Es de singular relevancia el desarrollo de las principales doctrinas sobre prueba ilícita en los Estados Unidos de América.[5] En una primera etapa se primaba sobre todo el descubrimiento de la verdad material, permitiendo el uso de esa prueba cuando se incorporaba al proceso de forma regular.[6] Sin embargo, con el tiempo fue ganando terreno la doctrina de la regla de exclusión (*exclusionary rule*), que llegó a convertirse en una prohibición absoluta, según la cual se impedía la utilización de la prueba obtenida ilícitamente. Esta regla de exclusión se aplica no solo a esa prueba afectada por la ilicitud en su obtención, sino también a la que deriva de ella, en lo que se denomina efecto reflejo de la prueba ilícita o «doctrina de los frutos del árbol envenenado» (*the fruit of the poisonous tree*). El principal fundamento de la regla de exclusión en el país norteamericano es la búsqueda de un efecto disuasorio (*detterrent effect*) sobre los encargados de llevar a cabo la investigación, especialmente agentes de policía, que, ante la amenaza de que no se puedan usar en juicio, se frenarán

---

4. V. Armenta Deu, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 58-61; Gómez Colomer, J. L., «La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato», en Gómez Colomer, J. L. (coord.), Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 107-147.

5. No nos detendremos en la concreta jurisprudencia que ha marcado el devenir de la prueba ilícita en EE. UU., ampliamente tratada en Miranda Estrampes, M., *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la Exclusionary Rule estadounidense*, México D. F.: Ubijus, 2013, pp. 272 y ss.

6. Rives Seva, A. P., «La prueba ilícita penal y su efecto reflejo». En Revista del Ministerio Fiscal, núm. 3, 2017, p. 9.

a la hora recabar evidencias si puede haber una infracción de derechos fundamentales.[7]

Con el tiempo, la rigidez de la regla de exclusión se fue desdibujando mediante exclusiones,[8] como por ejemplo la que afecta a la prueba obtenida por particulares, que podrán ser utilizadas para formar la convicción del juez pese a ser obtenidas de forma ilícita, o a la obtenida por agentes de policía extranjeros. Se suma a las excepciones la «doctrina del hallazgo inevitable» (*invevitable discovery*), que permite servirse de pruebas que hubieran sido igualmente descubiertas durante la investigación. A esta se une la excepción de buena fe, que admite la prueba ilícita obtenida por los agentes de policía bajo la creencia de que estaban actuando amparados por la ley, siempre que su actuación fuera razonable.

De igual manera, el efecto reflejo de la prueba ilícita se vio mitigado por la doctrina del nexo causal atenuado (*attenuatted connection doctrine*), que lleva a admitir la confesión voluntaria realizada tras el hallazgo de pruebas de forma ilícita. Por último, la doctrina del *balancing approach* o ponderación de intereses aboga por decantarse o no por la exclusión de la prueba en función de la intensidad de la infracción cometida en su obtención, la intensidad de la intromisión en la esfera de los derechos individuales y la conciencia de la violación. Llegados a este punto, la exclusión está lejos de ser una regla general, convirtiéndose en la auténtica excepción.[9]

2. Evolución de la prueba ilícita y sus excepciones en la jurisprudencia española

Un progreso similar puede observarse en la doctrina derivada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, aunque con una importante salvedad de entrada: la prohibición del uso de la prueba obtenida con infracción de los derechos fundamentales se deriva, en inicio, del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE para, más tarde, ser plasmado en el segundo inciso del art. 11.1 LOPJ: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».[10]

---

7. Precisamente, en esta conceptualización como remedio judicial o profiláctico, disuasorio de futuras acciones policiales, y no como regla de naturaleza constitucional, está el germen de su decadencia para Miranda Estrampes, M., *Concepto de prueba ilícita*…, *op. cit.,* p. 271.

8. Rives Seva, A. P., «La prueba ilícita penal…», *op. cit.* pp. 10-11.

9. Miranda Estrampes, M., *Concepto de prueba ilícita*…, *op. cit.,* pp. 271-72.

10. Análisis en Asencio Mellado, J. M., Prueba prohibida y prueba preconstituida, Madrid: Trivium, 1989, pp. 80-89.

Es obligado hacer referencia, en primer lugar, a la STC 114/1984, de 29 de noviembre, de marcado corte garantista, que precisamente hace referencia a la *exclusionary rule* norteamericana (FJ 2). En la misma se afirma que 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 violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental» (FJ 4). Constatado esto, «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. El concepto de "medios de prueba pertinentes" que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse "pertinente" un instrumento probatorio así obtenido».

De esta manera, en nuestro ordenamiento se diferencian los conceptos de prueba ilícita, aquella obtenida con infracción de los derechos fundamentales, y prueba irregular, obtenida con infracción de normas infraconstitucionales, y que no se equipara a la anterior en cuanto a efectos procesales, particularmente en cuanto a la exclusión de las pruebas derivadas, que se reserva para la prueba ilícita.[11] Sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita, el Tribunal Supremo sostiene que la prohibición de su uso «alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o deriven de la anterior, pues solo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vacía la norma de contenido efectivo, pues la utilización de procedimientos inconstitucionales acaba indirectamente surtiendo efecto».[12]

No tardaron en aparecer excepciones similares a las utilizadas en la jurisprudencia estadounidense, como la prueba jurídicamente independiente, plasmada en la STC 86/1995, de 6 de junio. En la misma se admite la validez de una confesión que en un primer momento se efectuó ante el hallazgo de evidencia de forma ilícita, y sin las preceptivas garantías (información de los derechos

11. Rives Seva, A. P., «La prueba ilícita penal…», *op. cit.* pp. 12-13.

12. Por todas, STS 350/2018, de 11 de julio (ROJ: 3096/2018).

constitucionales, asistencia de abogado) pero que, posteriormente, fue reiterada tanto ante el Juzgado de Instrucción como en el juicio oral.

También se dio entrada a las excepciones del descubrimiento inevitable[13] y del hallazgo casual[14], así como la confesión voluntaria del imputado[15] o la excepción de buena fe[16]. Pero, sin duda, la más destacada —y polémica[17]— es la teoría de la (des)conexión de antijuridicidad —comparada con la norteamericana doctrina del nexo causal atenuado—, incorporada en la STC 81/1998, de 2 de abril. En la sentencia se parte de la doctrina general, la prohibición del uso de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales y su eficacia refleja, pero de la existencia de excepciones: la admisión como pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia de aquellas «naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo» por ser jurídicamente independientes.

Así, se formula la doctrina de la conexión de antijuridicidad: esas pruebas reflejas son intrínsecamente legítimas constitucionalmente por lo que, para extender la prohibición, habrá que determinar si se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, establecer un nexo que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de unas pruebas se extiende a las otras. «En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras».

Para establecer la existencia de tal conexión de antijuridicidad se analizará la índole y características de la vulneración del derecho afectado y su resultado, para determinar si, desde el punto de vista interno, la inconstitucionalidad se transmite. Además, desde el punto de vista externo, se considerarán las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho afectado exige. La prueba refleja será, entonces, constitucionalmente legítima si es jurí-

---

13. V. gr. STS 974/1997, de 4 de julio (ROJ: 6008/1997), comentario en PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 94-98.

14. V. gr. STS 1313/2000, de 21 de julio (ROJ: 6772/2000), *ibídem*, pp. 107-109.

15. STC 161/1999, de 27 de septiembre.

16. STC 22/2003, de 10 de febrero.

17. Esta teoría ha sido duramente criticada por la doctrina por la virtual erradicación de la eficacia refleja de la prueba prohibida, entre otras razones; e incluso la jurisprudencia ha alertado del peligro de su aplicación objetivizada y acrítica. V. ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita…, op. cit.*, pp. 105-106, con referencia a las SSTS 1203/2002, de 18 de julio (ROJ: 5439/2002), o 28/2003, de 17 de enero (ROJ: 139/2003). También MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 80 y ss.

dicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela de este.

Llegados a este punto, es más que notorio que la jurisprudencia española ha seguido la senda de la estadounidense en materia de prueba ilícita. Hasta ahora solo faltan dos excepciones por hacer aparición, la prueba obtenida por agentes extranjeros, y la prueba obtenida por particulares. Pues bien, especialmente para el segundo caso, la referida STS 116/2017 va a suponer un hito.[18]

III. La admisión de la prueba ilícitamente obtenida por particulares en la STS 116/2017

En esta sentencia de 23 de febrero de 2017, la Sala Segunda del Tribunal Supremo resolvía el recurso de casación contra la SAP Madrid 280/2016, de 29 de abril, en la que se había condenado al recurrente por un delito contra la Hacienda Pública, y que había enfrentado a los magistrados a la tarea de determinar si las célebres listas de evasores fiscales elaboradas por el Sr. Falciani eran aptas para conformar la prueba de cargo en un delito fiscal.

Los argumentos de la defensa sobre la ilicitud de la prueba se resumen en los siguientes puntos:

— Las autoridades españolas no pueden receptar documentación obtenida ilícitamente, aunque su origen sea un Estado extranjero. La sentencia recurrida utiliza una serie de mecanismos para validar la prueba que no son aceptables constitucionalmente: la doctrina de ponderación de intereses, el principio de no injerencia o el principio de doble incriminación (en alusión al AAN 19/2013, que rechazó por primera vez la extradición del Sr. Falciani).
— Dado que la información económica forma parte de la esfera de protección del derecho a la intimidad, el acceso indebido a datos como la identidad de los titulares de cuentas y sus posiciones económicas, fuera de los supuestos reconocidos por la ley, ha de considerarse ilegítimo. Así sucede en este caso, ya que la información fue obtenida sin autorización, burlando las barreras de protección de datos de los clientes del HSBC.

18. El propio Tribunal Supremo reconoce que el «tratamiento singularizado de la prueba obtenida por un particular cometiendo un delito o vulnerando derechos fundamentales no es, desde luego, una originalidad sugerida por la Sala. En el ámbito del derecho comparado, por ejemplo, el Tribunal Supremo americano, en acusado contraste con los orígenes históricos de la regla de exclusión, ha admitido las pruebas obtenidas por particulares (*Burdeau vs. McDowel, 256, US, 465*,1921), ampliando de forma considerable el ámbito de las excepciones valorables». (FJ 6º).

Por tanto, hay dos características principales de esta prueba a la hora de valorar su ilicitud: su adquisición de autoridades extranjeras a través de canales de cooperación y su obtención en origen por un particular con infracción de sus deberes y de las normas de protección de datos. Con todo, queremos resaltar que la sentencia objeto de comentario, dentro de sus más que interesantes consideraciones sobre prueba ilícita, comienza por poner en valor el *criterio casuístico* para su determinación, cuando dice que se debe «huir de interpretaciones rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la indispensable adaptación al caso concreto». Rigidez que «despliega similar efecto pernicioso, tanto cuando se erige en injustificada regla de exclusión, como cuando se convierte en una tolerante fórmula para incorporar al arsenal probatorio lo que debió haber sido excluido».

1. Valoración como prueba obtenida de autoridades extranjeras

En cuanto a la condición de prueba adquirida de autoridades extranjeras, en la sentencia se acude al *principio de no indagación*, esto es, la «no indagación por las autoridades jurisdiccionales españolas del grado de cumplimiento en otro Estado de las garantías propias de nuestro sistema», máxima de especial aplicación cuando se trata de instrumentos de cooperación policial y judicial en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. El Tribunal Supremo rechaza la aplicación a este caso de este principio, que despliega todos sus efectos cuando lo cuestionado es la falta de semejanza entre los requisitos de los diferentes sistemas jurídicos involucrados en un acto de cooperación jurídica; pero que no puede servir para incorporar la prueba practicada en el extranjero con posible vulneración de algún derecho fundamental[19]. Igualmente se rechaza el *principio de doble incriminación,* ya que el art. 11.1 LOPJ no vincula la ilicitud probatoria a la autoría de un delito, sino a la obtención mediante un acto vulnerador de los derechos o libertades fundamentales. En definitiva, la Sala Segunda prescinde del elemento «internacional» de las listas, para centrarse en las circunstancias de su obtención y el concepto de prueba ilícita de nuestro ordenamiento.

19. Se cita como ejemplo la STS 829/2006, de 20 de julio, en la que se rechazó la validez como prueba de una entrevista llevada a cabo en la base militar de Guantánamo, «verdadero limbo en la Comunidad Jurídica».

2. Valoración como prueba obtenida por un particular

No se tarda en invocar el efecto disuasorio[20] que pretende la prohibición de la prueba: «el poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de hechos ilícitos no puede valerse de atajos». Los principios que informan el derecho a un proceso con todas las garantías son, pues, una barrera a la actividad estatal. La argumentación subsiguiente se podría resumir así: cuando no se trata de actividad estatal, no habría tal efecto disuasorio y no es necesario excluir la prueba. Así, los magistrados mantienen que «la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del *ius puniendi*, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría» y que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame».

De esta manera, aunque el Tribunal admite que su posición al respecto solía ser la contraria, la prueba obtenida por particulares en *ausencia de toda finalidad de preconstitución probatoria* entraría dentro del acervo de excepciones a la regla de exclusión, junto con las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, ya que la prueba prohibida es un «mecanismo de contención de los excesos policiales», no un medio para «sobreproteger al delincuente». *Sensu contrario*, cuando ese particular sí busque la obtención de prueba para su incorporación a una causa penal, esta sí quedaría afectada por la exclusión («el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para su incorporación a una causa penal tiene que percibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero»).

Sin embargo, esta cuestión se entrelaza con el mecanismo de ponderación de intereses: «no pueden recibir el mismo tratamiento, una vez han sido debidamente contextualizadas, las lesiones periféricas frente a aquellas otras que alcanzan al núcleo mismo del contenido material de un derecho fundamental», por tanto, habrá que analizar el alcance e intensidad de la afectación del derecho menoscabado, y el significado de la actividad del particular, siendo decisivo que actúe conscientemente como respaldo a los órganos del Estado. Se

20. Lo que ha sido valorado como «la culminación del proceso de desconstitucionalización» del art. 11.1 LOPJ por Mosquera Blanco, A. J., «La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de febrero», en *InDret*, núm. 3, 2018, p. 21.

formula, además, una suerte de efecto disuasorio secundario, no del particular que quiere incorporar la prueba al proceso, sino de los mismos agentes del Estado, para que eviten usar el «subterfugio de la utilización de un activo particular que, sabiéndolo o no, actúa a su servicio».

Con todos estos parámetros, se llega a la conclusión de que la «lista Falciani» es admisible, dado que el particular que se apoderó ilícitamente de los datos no lo hizo como «agente al servicio de los poderes públicos españoles interesados en el castigo de los evasores fiscales». Al haberse movido por un ánimo de lucro[21], no había disuasión posible, y la prueba no está afectada por la exclusión. Toda la argumentación se cierra con una afirmación ciertamente controvertida (y difícilmente defendible): la incorporación de los ficheros de datos a la causa penal «no guarda conexión alguna —ni directa ni remota— con la vulneración de los datos personales que protegían a los evasores fiscales».

IV. Consideraciones finales

Como decíamos al comienzo de este trabajo, el asunto de las «Listas Falciani» quizá sea el más conocido en España por su repercusión mediática, y la fama que alcanzó él mismo, convertido en «icono de la lucha contra el fraude»[22], pero no ha sido el único, ni el más polémico a nivel jurídico. En este tiempo, como se refleja en la misma STS 116/2017, además de los tribunales franceses, italianos y españoles, también los belgas y holandeses han tenido que enfrentarse al problema de la prueba obtenida por particulares de manera desleal, e incluso se presentó un caso ante el Tribunal Federal Constitucional alemán y el TEDH.[23]

---

21. No han faltado las opiniones contrarias a este planteamiento, como el de Rodríguez Ramos, L., «¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? (Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)», en *Diario La Ley*, núm. 8974, 2017, p. 12: «Que la intención del particular pueda tener relevancia, en relación con la ilicitud del apoderamiento de los datos íntimos y de su virtualidad contaminadora de su destino final, no parece de recibo. En primer lugar, porque no es congruente tal exigencia cuando la propia resolución ha declarado que no es preciso cometer un delito para considerar quebrantado el derecho fundamental a la intimidad, supuesto en el que tendría relevancia el elemento subjetivo para la configuración de dolo, en segundo lugar y en coherencia con lo anterior, porque el derecho fundamental se quebranta sea cual sea la intención del sujeto activo, tercero, porque la verificación de la intención de dicho sujeto puede ser difícil con la consiguiente inseguridad jurídica procesal, y por último, porque en todo caso es muy fácil simular *ex ante* o *ex post* la inexistencia de un propósito de aportación al aparato del Estado de esa información». Sin embargo, Richard González, M., «Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal», en *Diario La Ley*, núm. 8946, p. 11, es partidario de no rechazar, *a priori*, las pruebas obtenidas por particulares, aunque su intención fuera la de desarrollar una posterior actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas a que se deba enfrentar quien vulnera derechos ajenos.

22. Así se le describe en una entrevista para la *Revista Retina* de *El País*, de 18 de julio de 2018, disponible en https://retina.elpais.com/retina/2018/07/27/tendencias/1532688043_479494.html (última consulta: 11/09/2018).

23. Un repaso a esta jurisprudencia europea en Blanco Cordero, I., «La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales», *InDret*, núm. 3, 2015, pp. 7-20.

En origen, las partes estaban siendo investigadas como sospechosas de evasión del impuesto sobre la renta entre 2002 y 2006. El Tribunal de Distrito de Bochum *(Amtsgericht*) ordenó el 10 de abril de 2008 que se registrara el domicilio de los demandantes, con base en las inversiones que tenían en Liechtenstein, descubiertas en el marco de las investigaciones contra un administrador fiduciario en ese país. El problema se plantea respecto a la prueba utilizada, ya que los datos de Liechtenstein habían sido puestos a disposición del Servicio de Investigación Fiscal por el Servicio Federal de Inteligencia, que había comprado un soporte de datos en 2006 a un antiguo empleado del Liechtenstein L. Bank, con información sobre 800 personas que había copiado ilegalmente. Los demandantes alegaron que la información en la que se basaban las pesquisas no era admisible como prueba y que los datos recopilados, que constituyen el objeto del litigio, violaban el derecho internacional.

Uno de los requisitos valorados en la STEDH que resolvió el caso de K.S. y M.S. contra Alemania (6 de octubre de 2016, recurso 33696/11) para considerar legitimada la intromisión en el domicilio es que la injerencia sea «necesaria en una sociedad democrática». Para el TEDH el concepto de «necesidad» implica que una interferencia corresponde a una necesidad social apremiante y, en particular, es proporcional a la finalidad legítima perseguida. Pues bien, se da una especial relevancia a que la orden se dictara para la persecución de la evasión fiscal: sostiene en el párr. 48 que se trata de una infracción que afecta a los recursos del Estado y a su capacidad de actuar en interés colectivo. Como tal, la evasión fiscal constituye un delito grave; un hecho subrayado en un caso así, en el que la sospecha de evasión fiscal se refería a un importe aproximado de 100.000 euros. Por otra parte, continúa, en el ámbito de la prevención de las salidas de capitales y de la evasión fiscal, los Estados se enfrentan a graves dificultades debido a la escala y a la complejidad de los sistemas bancarios y de los canales financieros, así como a las inmensas posibilidades de inversión internacional, que se ven facilitadas por la relativa porosidad de las fronteras nacionales.

Recogemos estas consideraciones porque a nuestro juicio es clave que la valoración sobre la ilicitud de la prueba se haya dado en el contexto de un delito económico. Ya sucedió en la STS 45/2014[24] (citada en la STS 116/2017) en la que unas grabaciones subrepticias fueron determinantes de la acusación por cohecho formulada contra uno de los interlocutores. Como reconoce el ponente de esta última sentencia, «la frustración colectiva generada por la impunidad de determinados delitos —alimentada por una mentalidad inquisitorial cada vez más extendida— y la reivindicación de seguridad frente a amenazas

24. STS 45/2014, de 7 de febrero (ROJ: 358/2014).

hasta ahora inéditas, han contribuido a que esas reglas de exclusión sean cada vez más restringidas».[25]

No solo eso, sino que en la resolución que nos ha venido ocupando se trata de datos bancarios, lo que no es baladí en un contexto en el que el otrora sacralizado secreto bancario se encuentra en desprestigio, lo que queda plasmado en normas de Naciones Unidas como el art. 5.3 de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, el art. 12 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 o el art. 40 de la Convención contra la Corrupción; así como el art. 7 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, de 16 de mayo de 2005, en el marco del Consejo de Europa. Todos estos preceptos prohíben a los Estados parte excusarse en el secreto bancario para impedir el buen curso de las investigaciones, en concreto para evitar aplicar las disposiciones sobre la presentación o incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales.

En realidad, a la vista de la tendencia de la jurisprudencia española de seguir el camino marcado por la estadounidense en materia de exclusión de la prueba ilícita (y sus excepciones), era de esperar que se llegase a un pronunciamiento como el de la STS 116/2017 que, como afirma su ponente, no es «una resolución de ruptura».[26] Ya había pronunciamientos que apuntaban a la aceptación de la prueba obtenida de forma ilícita por particulares, como se refleja en los fundamentos jurídicos, o los votos particulares de las SSTS 385/2013 y 569/2013[27], especialmente el de esta última[28].

---

25. Marchena Gómez, M. «La «Sentencia Falciani»: ¿hacia un nuevo concepto de prueba ilícita entre particulares», en *Revista del Ministerio Fiscal,* núm. 3, 2017, p. 43.

26. *Ibidem*, p. 57.

27. SSTS 385/2013, de 18 de abril (ROJ: 2914/2013); 569/2013, de 26 de junio (ROJ: 4009/2013). Reseñados tanto por Marchena Gómez, M. «La «Sentencia Falciani»…», *op. cit.,* pp. 52-53, como por Rives Seva, A. P., «La prueba ilícita penal…», *op. cit.* pp. 17-18.

28. «[…] en el asunto examinado la prueba no debió declararse inutilizable pues confluyen dos vectores que, precisamente por ser concurrentes, la sustraen del ámbito del art. 11.1 LOPJ:
a) De un lado, se trata de una ilicitud atribuible no a órganos del Estado, sino a particulares. No hay duda de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (*drittewirkung*), aunque no se puede desconocer que su construcción teórica y su fortificación legal y práctica ha surgido y crecido sobre todo en tensión frente a los poderes estatales. Por definición algunos derechos fundamentales solo son oponibles al poder estatal (derecho a no confesarse culpable —con algún matiz—, y en general, y esto no es baladí a los efectos que aquí se discuten, derecho a un proceso con todas las garantías). Es verdad que el art. 11.1 LOPJ no introduce distinción alguna en este sentido. La inutilizabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos se predica de todos los casos y de todos los procesos, más allá de que el agente infractor sea estatal o sólo un particular. También en el proceso civil (*vid.* art. 287 LEC) rige la previsión. Pero, admitido eso, no puede ocultarse que, por tradición, por teleología, por ponderación de derechos fundamentales en tensión y por sus finalidades, el juego de esa norma, de máxima intensidad cuando la violación proviene de un agente estatal, consiente modulaciones en el caso de particulares (son frecuentes en el derecho comparado las regulaciones de esta materia que dejan al margen las actuaciones de particulares: U.S.A., Francia, Holanda, México, Bélgica con matices).

No obstante, aunque la Sala Segunda del Tribunal Supremo no pretendiera establecer una nueva regla interpretativa de la prueba ilícita, seguramente en la próxima ocasión en la que un órgano judicial tenga que decidir si valorar o no la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos de un tercero se atenga a estas pautas sobre su admisibilidad:

— Ausencia de voluntad inicial de llevar a cabo una actividad probatoria para su posterior utilización en un proceso.
— Ponderación entre la gravedad de la infracción cometida por el particular, el derecho afectado y el bien jurídico en juego.

Con todo, en lo que concierne a los delitos económicos, esta sentencia puede haber tenido un efecto no buscado. La referencia a que el particular no actúe como una pieza camuflada del Estado al servicio de la investigación penal es más que relevante en sede de responsabilidad penal de la persona jurídica. Los programas de cumplimiento o *compliance programs*, de los que se hace depender en gran parte esta responsabilidad *ex* art. 31 *bis* CP, estimulan la realización de investigaciones internas y la apertura de canales de denuncia, con especial protección de los *whistleblowers* o delatores, que propician una suerte de privatización de la investigación penal, con lo que la empresa sí actúa al servicio del Estado. La solución de la STS 116/2017 supone la exclusión de la prueba aportada por la persona jurídica o su *compliance officer* si en el desarrollo de la investigación interna se han vulnerado derechos de los trabajadores, y en este sentido se cita en la STS 489/2018, de 23 de octubre.[29]

b) De otro lado, es una prueba a la que se ha accedido sin pretenderlo. Es un hallazgo «casual» en el sentido de «no esperado», no «buscado premeditadamente», lo que no equivale a afirmar que el atentado a la intimidad no fuese intencional. Lo era en el sentido de que se sabía y se asumía voluntariamente que esa actuación se inmiscuía en el ámbito de privacidad del después acusado. Pero no se adoptó esa iniciativa con el propósito de «obtener» material probatorio para utilizar en un proceso».

29. STS 489/2018, de 23 de octubre (ROJ: 3754/2018). Sobre este tema, Colomer Hernández, I. «Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del compliance officer para su uso en un proceso penal», en *Diario La Ley*, núm. 9080, 2017, pp. 11 y ss.

4 | La jurisdicción universal

Elisabet Cueto Santa Eugenia

1. Fundamentos de la jurisdicción universal y su regulación en instrumentos internacionales

La jurisdicción universal es un mecanismo de derecho internacional que habilita a los tribunales de un Estado para ejercer su jurisdicción en casos especialmente graves de violaciones de derechos en los que a tenor de las reglas de atribución habituales no resultaría competente. Este mecanismo podría considerarse una pieza clave de la universalización de los Derechos Humanos, puesto que su objetivo es que los crímenes de mayor entidad no queden sin perseguir[1]. Es decir, el principio de jurisdicción universal contribuye a la globalización de la justicia y a detener la impunidad de los crímenes más graves.

Con respeto al ejercicio de la jurisdicción de los Estados habitualmente se atiende a los principios de territorialidad y personalidad, por lo que por regla general los tribunales de un Estado resultan competentes para juzgar únicamente los actos cometidos por extranjeros en su territorio o por sus nacionales en territorio extranjero.

En este sentido, la jurisdicción universal supone una excepción al principio de territorialidad, dado que otorga competencia a los Juzgados y Tribunales para conocer determinados delitos que lesionan bienes jurídicos que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto. El hecho de afectar al total de la Comunidad Internacional debería hacer que cualquier Estado, independientemente del lugar de comisión del delito o la nacionalidad de los autores del mismo, pudiera conocerlo[2].

---

1. *Vid.* Ramón Chornet, Consuelo, «Acerca del Debate sobre las Reformas Legales de la Jurisdicción Universal en España», en *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, nº21, junio 2017, pp. 10-11.

2. *Vid.* Santos Martínez, Alberto M., «Jurisdicción y Competencia» en Nieva Fenoll, Jordi y Bujosa Vadell, Llorenç (dir.), *Nociones Preliminares de Derecho Procesal*, Barcelona, 2016. Atelier pp. 35 y ss.

La jurisdicción universal encuentra su base jurídica tanto en el derecho internacional consuetudinario como en el convencional. Existen instrumentos internacionales que regulan los delitos que revisten tal gravedad que se considera que afectan al conjunto de la Comunidad Internacional[3]. Así, el preámbulo del Estatuto de Roma[4] establece que los crímenes más graves tienen trascendencia para la Comunidad Internacional y no deben quedar sin castigo, siendo necesaria la adopción de medidas en el plano nacional e internacional para que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

A tenor de las normas de Derecho Internacional, los Estados son alentados a incorporar el principio de jurisdicción universal a sus ordenamientos. No hay una norma que obligue a todos los Estados a realizar la incorporación, si bien los Estados pueden obligarse mediante tratados a ejercer la jurisdicción universal[5]. Un ejemplo de esto son los Convenios de Ginebra de 1949[6], que establecen la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer las infracciones graves y hacerlas comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad[7]

Muchos estados han integrado las normas de esos tratados mediante la promulgación de normas internas que incluyen reglas acerca de la jurisdicción universal, sin embargo, hasta 1990 la jurisdicción universal rara vez fue invocada debido a que su aplicación resulta compleja y controvertida. El conflicto a la hora de hacer valer la jurisdicción universal es la colisión entre la soberanía y el carácter supraestatal de la jurisdicción universal. Es decir, la Comunidad Internacional está obligada a responder ante las violaciones más graves de Derechos Humanos, pero ello exigiría reelaborar la concepción de soberanía de los Estados y su carácter absoluto para abrir paso a la posibilidad de una limita-

---

3. *Vid.* Martín Ortega, Olga, *Reconstrucción postconflicto, Derechos Humanos y Democracia*, Ed. Universitat Oberta de Catalunya, disponible en:http://hdl.handle.net/10609/68345, visitada por última vez el 5 de noviembre de 2018.

4. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, que entró en vigor en el año 2002.

5. *Vid.* Remiro Brótons, Antonio, «Jurisdicción Penal Universal sobre Crímenes Internacionales e Inmunidades del Estado Extranjero y sus Agentes», en *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, nº21, junio 2017, p. 43.

6. *Cfr.* Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, Página web del Comité Internacional de la Cruz Roja: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf, visitada por última vez el 9 de noviembre de 2018.

7. El Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña en sus artículos 49 y 50, el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos, enfermos o náufragos en las fuerzas armadas en el mar en sus artículos 50 y 51, el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra en sus artículos 129 y 130 y el Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra en sus artículos 146 y 147.

ción en determinados casos en pos de la evolución humanizadora del derecho internacional[8].

La gravedad del delito cometido es lo que determina la perseguibilidad universal del mismo. En este sentido los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal[9] exponen que la jurisdicción penal ha de estar sustentada en la naturaleza del delito, sin que el lugar de comisión del mismo o la nacionalidad del presunto autor o la víctima primen como nexo para que un Estado pueda ejercer su jurisdicción.

Hay una serie de crímenes sobre los que existe un notable consenso acerca de su perseguibilidad universal: los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio. En otra serie de delitos, tales como los actos de terrorismo, el tráfico ilícito de drogas o la corrupción, los estados han establecido mecanismos de cooperación común a través de sus respectivas jurisdicciones nacionales[10]. La determinación de estas categorías delictivas surge de los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas entre los años 1947 y 1996[11]

2. La Corte Penal Internacional y los tribunales *ad hoc*: dos maneras de materializar la persecución de delitos de especial gravedad

La necesidad de perseguir esos crímenes de especial gravedad a la que nos hemos referido hasta el momento, se materializa mediante tres vías diferenciadas: las cláusulas de jurisdicción universal, la creación de tribunales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional. En el presente apartado se hará referencia a las

8. *Vid.* Esteve Moltó, José Elías, «Desnaturalizando la Justicia Universal: Hacia una Exclusiva y Condicionada Persecución del Terrorismo», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, nº21, junio 2017, pp. 52-53.

9. *Cfr.* Los principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal, Doc. A/ 56/677 de las Naciones Unidas, de fecha 27 de noviembre de 2001; posteriormente estos principios se perfeccionaron y dieron a conocer en los llamados Principios de Jurisdicción Universal Madrid-Buenos Aires (que se llaman de este modo porque fueron presentados en Madrid en febrero de 2014 y en Buenos Aires en septiembre de 2015 en el seno de los Congresos Internacionales de Jurisdicción Universal organizados por la Fundación Internacional Baltasar Garzón, *vid.* Principios de Jurisdicción Universal Madrid-Buenos Aires, página web de la FIGBAR: http://fibgar.org/upload/proyectos/35/es/principios-de-jurisdiccion-universal.pdf, visitada por última vez el 5 de noviembre de 2018).

10. *Vid.* Pigrau Solé, Antoni, «La Jurisdicción Universal: Un Instrumento Imprescindible en la Lucha contra la Impunidad, también desde España», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, nº21, junio 2017, pp. 78 y ss.

11. La Comisión de Derecho Internacional se creó en 1947 mediante la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/174(II) y tiene por objetivo impulsar el desarrollo del derecho internacional y codificarlo. *Vid.* Página web de Naciones Unidas: http://www.un.org/es/aboutun/structure/ilc.shtml, visitada por última vez el 6 de noviembre de 2018.

dos últimas para diferenciar la Corte Penal Internacional de los tribunales *ad hoc* y analizar brevemente las limitaciones y eficacia de ambos.

La Corte Penal Internacional es una institución judicial internacional permanente e independiente con competencia sobre personas acusadas de los crímenes más graves, que se establece mediante el Estatuto de Roma. Dicho Estatuto indica, tanto en su exposición de motivos como en su art. 1, que el carácter de la jurisdicción ejercida por la Corte será complementario al de las jurisdicciones de los Estados. Además enfatiza la importancia de castigar los crímenes especialmente graves que afectan a la Comunidad Internacional[12].

Sin embargo, la existencia de la Corte Penal Internacional no supone suficiente garantía de la persecución de la totalidad de crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidios, y esto se debe a que su jurisdicción está limitada. Además, los recursos de la Corte, tanto económicos como de personal, también disminuyen su capacidad operativa.

Parte de las limitaciones de la CPI derivan de la propia configuración de la Corte a tenor de lo establecido por su Estatuto. Este tipo de limitaciones pueden ser de carácter personal, temporal y competencial. Desde el punto de vista personal, cabe mencionar que la Corte tiene competencia respecto de las personas naturales mayores de 18 años (es decir, quedan excluidos los menores de edad y las personas jurídicas). Desde el plano temporal, la Corte tiene competencia únicamente sobre delitos cometidos con posterioridad al 1 de julio de 2002, que es la fecha de entrada en vigor del Estatuto de la misma[13].

Desde el punto de vista de los presupuestos para la competencia del tribunal, la iniciación del proceso ante la CPI tiene que proceder de un Estado Parte, del Fiscal de la propia Corte o del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, siendo además preceptiva en los dos primeros casos la aceptación de la jurisdicción de la Corte por parte del Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito o el Estado del que sea nacional la persona acusada de cometerlo.

Además de las limitaciones mencionadas, resulta inquietante la capacidad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de impedir la iniciación de un proceso o suspenderlo una vez iniciado (cuestión recogida en el art. 16 del Estatuto)[14]. Decimos inquietante debido a que tres de los miembros perma-

---

12. *Vid.* Escudero Espinosa, Juan Francisco, *La Corte Penal Internacional y El Consejo de Seguridad, Hacia la Paz por la Justicia*, Editorial Dilex, Madrid, 2004, pp. 42 y ss.

13. *Vid*. Pigrau Solé, Antoni, *op. cit.* p. 79.

14. *Vid*. Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court,* Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 67-89, *passim.*

nentes del Consejo de Seguridad (EEUU, Rusia y China) ni siquiera son miembros del Estatuto de Roma, teniendo de este modo no sólo impunidad ante la misma, sino también capacidad de decisión sobre la iniciación de sus procesos.

Otra limitación importante es la que surge del principio de complementariedad. Pues la jurisdicción de la Corte, tal como se ha expuesto con anterioridad, no sustituye a la de los Estados parte, sino que se tratan de jurisdicciones complementarias. Eso supone que la Corte declarará inadmisible cualquier caso que ya esté siendo investigado o juzgado por algún Estado. Para evitar posibles abusos, el art. 17 del Estatuto de Roma prevé que pueda abrirse un proceso ante la Corte cuando ésta considere que el proceso iniciado por un Estado no se va a llevar a cabo de manera correcta.

Pasemos ahora a analizar los tribunales internacionales *ad hoc* para compararlos con el funcionamiento y limitaciones que hemos visto en la Corte Penal Internacional.

Se conocen como tribunales *ad hoc* a aquellos que se constituyen con posterioridad a la comisión de un delito o un conjunto de delitos con el objeto de juzgarlos. Lo que en el ámbito interno sería contrario al derecho a un juez predeterminado por la ley, en el ámbito internacional ha constituido la única solución posible a determinados supuestos de conflictos bélicos.

Los tribunales constituidos *ad hoc* en torno a los conflictos de Ruanda y la antigua Yugoslavia supusieron un hito porque modificaron la composición de tribunales internacionales anteriores de este tipo, pasando de ofrecer una justicia multilateral impuesta por los vencedores de un conflicto (como sucedió en los tribunales de Tokio y Nüremberg) a ofrecer una justicia mediante tribunales en los que realmente se viera representada la Comunidad Internacional[15].

Además, cabe destacar que la labor realizada por los Tribunales *ad hoc* para los conflictos de Ruanda y la antigua Yugoslavia resultó de gran utilidad a la hora de establecer la naturaleza de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y el genocidio[16]. El estatuto para el tribunal de Ruanda, en concreto, realizó un estudio en profundidad del genocidio y los elementos que lo carac-

15. Zafra Espinosa de los Monteros, Rafael, «El Establecimiento Convencional de la Corte Penal Internacional: Grandeza y Servidumbre» en *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Premio «Rafael Martínez Emperador 1999», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 170 y ss.

16. *Vid.* Mettraux, Guénaël, *International Crimes and The Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 10.

terizan, dado que se trató del primer tribunal internacional que dictó sentencia condenatoria respecto de este crimen[17].

No obstante, se critica por un lado que los tribunales para el conflicto de la antigua Yugoslavia y para el conflicto de Ruanda poseen una base jurídica incierta debido a su forma de creación. Ambos tribunales, en efecto, fueron creados mediante una resolución del Consejo de Seguridad[18], invocando las prerrogativas del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, en vez de ser establecidos mediante un tratado como hubiera debido hacerse. Además, se critica que de esta manera se dispensa justicia de forma selectiva[19], porque el Consejo de Seguridad estableció tribunales para estos dos conflictos concretos y otros conflictos armados no gozaron del mismo privilegio. Por otro lado, el hecho de depender financieramente de los fondos aportados por Naciones Unidas es considerado una limitación importante[20].

En el caso concreto de Ruanda, una cuestión que llama la atención es que, a pesar de que inicialmente había solicitado la creación de un tribunal externo que pudiera juzgar los crímenes de genocidio, cuando la cuestión se trató en el Consejo de Seguridad, votó en contra de la creación del tribunal (era miembro no permanente en el momento de la votación), manifestando una gran contrariedad respecto del modo en que se habían concretado algunos aspectos: la falta de claridad respecto de si jueces nacionales de países que hubieran intervenido en el conflicto podían llegar a formar parte del tribunal; la posibilidad de que los combatientes condenados cumplieran su condena fuera de Ruanda (se estableció una lista de países que aceptaban asumir a los condenados en sus prisiones), la sede del tribunal se estableció fuera del país[21] y finalmente la soberanía de los tribunales de Ruanda no sería respetada si el tribunal *ad hoc* entraba a juzgar todos los crímenes de guerra y no únicamente el delito de genocidio. A pesar de las preocupaciones de la delegación ruandesa, el tribunal se estableció tal como se había previsto. Lo cual significó que los crímenes de guerra también fueron juzgados por el tribunal ad hoc.[22]

---

17. *Vid.* Torres Pérez, María, Bou Franch, Valentín, *La Contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la Configuración Jurídica de los Crímenes Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 15.

18. Resolución del Consejo de Seguridad Res. 827 (1993), de 25 de mayo de 1993 para la creación del tribunal del conflicto yugoslavo y Resolución del Consejo de Seguridad Res. 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994 para la creación del conflicto ruandés, respectivamente.

19. Irigoin, Jeannette, «La Corte Penal Internacional. Diferencias y Similitudes con los Tribunales para la Ex -Yugoslavia y Ruanda», *Ius et Praxis,* vol. 6, No. 2, Talca, 2000, pp. 401-405.

20. *Vid.* Zafra Espinosa de los Monteros, Rafael, *op. cit.* p. 190.

21. *Vid.* Geiss, Robin, Bulinckx, Noëmie, «Cuadro Comparativo de los Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados», *International Review of the Red Cross*, No. 861, 2006, pp. 54 y ss.

22. El conflicto de competencia con respecto de la soberanía nacional quedó resuelto en el artículo 8.2 del Estatuto del tribunal, estableciendo prioridad para el Tribunal Internacional para Ruanda sobre las jurisdicciones nacionales.

La prioridad del tribunal *ad hoc* respecto de los tribunales nacionales garantiza la integridad de la jurisdicción del tribunal para todos los crímenes de especial gravedad, cosa que no sucede en la Corte Penal Internacional, que ejerce su jurisdicción bajo el principio de complementariedad. No obstante, es importante resaltar que una cesión de soberanía de este tipo sólo parece imaginable en el contexto de un conflicto bélico.

En cierta medida, la creación de la Corte Penal Internacional surgió de la necesidad de que existiera un organismo internacional permanente que llevara a cabo funciones como las que habían realizado con anterioridad de forma exitosa los tribunales *ad hoc*. Sin embargo los estados son reticentes a ceder poderes *a priori* en tiempo de paz y esto dificulta notablemente el éxito de la labor de la Corte Penal frente a la de los tribunales *ad hoc.* La Corte, si bien es una institución internacional autónoma, precisa del compromiso de los Estados de someterse a su jurisdicción y sin este compromiso sus esfuerzos por combatir la impunidad de los crímenes más graves resultan vanos[23].

3. La evolución del tratamiento legal de la jurisdicción universal en España

El principio de justicia universal está recogido en nuestra ley nacional en el artículo 23.4 de la LOPJ. En él se establece la existencia de una serie de bienes jurídicos universales que todos los estados de la Comunidad Internacional han de proteger, a saber: genocidio, lesa humanidad, terrorismo, piratería, apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, prostitución, corrupción de menores, tráfico de drogas, mutilación genital y cualquier otro que España deba perseguir en virtud de un Tratado Internacional[24].

Cuando se articuló, la cláusula de jurisdicción universal en la legislación española estaba redactada de un modo amplio que permitía verdaderamente la universalidad. Muestra de ello es que se abrieron numerosas causas sobre delitos cometidos en lugares muy alejados (casos argentinos, chilenos, el caso Guatemala, El salvador, asuntos chinos, de Sahara Occidental, etc.).[25] Sin embargo, esa redacción inicial ha sufrido varias reformas que han ido limitando

---

23. *Vid.* Philippe, Xavier, «Los Principios de Jurisdicción Universal y Complementariedad: Su Interconexión», International Review of the Red Cross, No. 862, 2006, pp. 376 y ss.

24. *Vid.* Banacloche Palao, Julio, Zarzalejos Nieto, Jesús, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pp. 43- 45.

25. Sanchez LEGIDO, Ángel, «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 27, 2014, disponible en: http://www.reei.org/index.php/revista/num27, visitada por última vez el 9 de noviembre de 2018.

los supuestos en los que los órganos judiciales españoles pueden conocer estos delitos, exigiéndose actualmente un punto de conexión para poder conocerlos: que el procedimiento se dirija contra un español, que la víctima fuera española, que se trate de un extranjero que resida de forma habitual en España, etc.[26]

Lo que explica esta progresiva limitación son los conflictos que surgieron cuando los tribunales españoles, aplicando la jurisdicción universal, iniciaron procesos sobre delitos impregnados de connotaciones políticas, en los cuales el debate acerca de la soberanía de los estados y el principio de no injerencia era inevitable. El caso de Guatemala es un ejemplo representativo de la complejidad de la aplicación práctica de la jurisdicción universal. Las dificultades que se generaron en esta causa llevaron al Tribunal Supremo en una sentencia del año 2003[27] a realizar la interpretación un tanto forzada de que los tribunales españoles únicamente serían competentes en aplicación de la jurisdicción universal cuando así estuviera establecido expresamente en un tratado o convenio internacional.[28]

Nuestra normativa de jurisdicción universal ha sido objeto de diversas modificaciones[29]. El resultado ha sido la progresiva restricción de la jurisdicción universal a base de ir añadiendo requisitos y condiciones para su ejercicio por los tribunales españoles. Por ejemplo, la modificación del año 2009 aunque trajo consigo la inclusión expresa de los *crímenes de lesa humanidad*, produjo una restricción de la jurisdicción universal porque estableció como condición para la competencia de los tribunales españoles la existencia de un vínculo de conexión del delito con España, de tal manera que, o bien sus presuntos responsables se encuentren en territorio español o las víctimas sean de nacionalidad española o exista otro vínculo relevante, siempre que en otro país competente o en el seno de un tribunal internacional no se haya iniciado una investigación o persecución de los mismos hechos punibles (en caso de que sí se haya iniciado se dictará sobreseimiento provisional)[30].

---

26. *Vid.* Santos Martínez, Alberto M., *op. cit.* pp. 33 y ss.

27. STS 327/2003, de 25 de febrero caso Guatemala, fundamentos jurídicos del 7 al 10.

28. *Vid.* Ollé Sesé, Manuel, *Justicia Universal para Crímes Internacionales,* La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 216 y ss.

29. Las modificaciones que se han introducido en este precepto son: modificación de los apartados 2.a) y 4.e) por la disposición final única de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril; reordenación de la letra g) como h) y se añade la letra g) del apartado 4 por el art. único de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio; modificación del apartado 4 por el art. 1.1 de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre; modificación de los apartados y 5 por el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre; modificación de los apartados 2, 4 y 5, e inclusión del 6 por el art. único.1 de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo; y modificación del apartado 4.e) por la disposición final 1 de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo.

30. *Vid.* Pigrau Solé, *op. cit.* pp. 82 y ss.

También la modificación de 2014, que ha sido muy criticada por la doctrina[31], abunda en la misma dirección puesto que introduce exigencias relativas a los principios de personalidad activa y pasiva, relegando los supuestos para los que se habilita la jurisdicción universal a casos para los que la obligación de la persecución penal esté recogida en un tratado internacional vigente para España y otros pocos casos residuales. Es decir, se establecen una serie de requisitos específicos respecto de cada uno de los delitos, dando como resultado que la persecución de crímenes como el de genocidio resulte más restringida que la de los delitos de terrorismo[32].

A estas modificaciones hay que añadir la que indirectamente se produjo a través de la LO 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional al alterar el contenido de la relación entre la Corte Penal Internacional y la jurisdicción de tribunales españoles. En concreto, el apartado 2 del artículo 7 prohíbe a los tribunales españoles practicar de oficio diligencias de investigación sobre hechos delictivos recogidos en el Estatuto de Roma si el presunto autor no es español o no ha sido cometido en territorio español. Podría decirse que, de este modo, que la legislación española procura evitar la existencia de conflictos jurisdiccionales con respecto de la CPI, estableciendo una fórmula de presunción de preferencia jurisdiccional a favor de la Corte[33]. Todo esto pone en peligro la eficacia de la jurisdicción universal de los tribunales españoles, que ya no están habilitados para juzgar cualquier crimen de lesa humanidad, genocidio o de guerra[34].

Las modificaciones mencionadas restringen notablemente la aplicabilidad real de la jurisdicción universal. Así lo expuso el Tribunal Supremo en un auto dictado el 18 de abril de 2016[35] en el que señaló que la reforma a la jurisdicción universal respecto de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra resulta excesivamente restrictiva. Después de esa sentencia, el Partido Socialista presentó un recurso de inconstitucionalidad de la reforma de la ley[36].

---

31. *Vid*. Perez Cepeda, Ana Isabel, «Ley Orgánica 1/2014, de13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España» *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 3, 2015, pp. 12 y ss.; Chinchón Álvarez, Javier, «Jurisdicción Universal», *Eunomía, Revista en Cultura y Legalidad*, Nº7, septiembre de 2014, pp. 236-247 y Esteve Moltó, José Elías, *op. cit.* p. 54.

32. Art. 23.4 e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que regula un régimen especial para el terrorismo, diferenciado del establecido para los otros supuestos de aplicación de la jurisdicción universal.

33. *Vid.* Pigrau Solé, Antoni, *op. cit. passim.*

34. *Vid.* Olásolo, Héctor, *Cooperación y Asistencia Judicial con la Corte Penal Internacional,* Informe Nacional de España, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2007, pp. 322 y ss.

35. Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, recurso 1569/2015, de 18 de abril de 2016.

36. *Vid.* «TS: La reforma de la justicia universal provoca una restricción "sustancial y extrema" de los derechos de los ciudadanos españoles», Página web de Noticias Jurídicas: http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11041-ts:-la-reforma-de-la-justicia-universal-provoca-una-restriccion-lsquo;sustancial-y-extremarsquo;-de-los-derechos-de-ciudadanos-espanoles/, visitada por última vez el 7 de noviembre de 2018.

4. Conclusiones

La persecución universal de crímenes especialmente graves, evitando su impunidad, es un ideal deseado casi unánimemente. Para conseguirlo se han utilizado principalmente tres mecanismos: los tribunales ad hoc en el marco de conflictos armados, las cláusulas de jurisdicción universal, a partir de los convenios de Ginebra de 1949, y la Corte Penal Internacional surgida del Estatuto de Roma de 1998.

Los tribunales ad hoc han dado resultados satisfactorios en los conflictos concretos en los que han sido utilizados a la hora de enjuiciar crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio. Sin embargo, o bien han sido impuestos por los vencedores o bien su establecimiento ha contado con la anuencia del o los estados involucrados y es evidente que no pueden generalizarse además de las objeciones sobre su base jurídica y su financiación.

Las cláusulas nacionales de jurisdicción universal tras el entusiasmo inicial, del que España también participó, han ido poco a poco perdiendo consistencia, fundamentalmente porque los estados no desean entrar en conflicto con otros inmiscuyéndose en asuntos que conciernen a su soberanía y por la imposibilidad material de llevar a cabo una investigación a distancia sin la colaboración de las autoridades del territorio en el que se ha cometido el delito. Esto es lo que se ve en la evolución de la regulación española en la materia, como hemos tratado de poner de relieve en esta comunicación.

La Corte Penal Internacional que inicialmente se creó como organismo permanente para llevar a cabo la persecución internacional de los crímenes más graves y que ha servido como excusa a los diferentes estados para restringir los supuestos de ejercicio de la jurisdicción universal, en la práctica se ve muy limitada, tanto por su propia naturaleza y Estatuto —véase p. ej. la ya mencionada posibilidad de que el Consejo de Seguridad impida continuar o iniciar un procedimiento— como por la necesidad de que los estados se sometan de forma voluntaria a la jurisdicción de la Corte.

Bibliografía

BANACLOCHE PALAO, Julio, ZARZALEJOS NIETO, Jesús, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, «Jurisdicción Universal», *Eunomía, Revista en Cultura y Legalidad*, Nº7, septiembre de 2014, pp. 236-247.

ESCUDERO ESPINOSA, Juan Francisco, *La Corte Penal Internacional y El Consejo de Seguridad, Hacia la Paz por la Justicia*, Editorial Dilex, Madrid, 2004.

Esteve Moltó, José Elías, «Desnaturalizando la Justicia Universal: Hacia una Exclusiva y Condicionada Persecución del Terrorismo», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, nº21, junio 2017, pp. 48-68.

Geiss, Robin, Bulinckx, Noëmie, «Cuadro Comparativo de los Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados», *International Review of the Red Cross*, No. 861, 2006, pp. 49-63.

Irigoin, Jeannette, «La Corte Penal Internacional. Diferencias y Similitudes con los Tribunales para la Ex -Yugoslavia y Ruanda», *Ius et Praxis,* vol. 6, No. 2, Talca, 2000, pp. 401-405.

Martín Ortega, Olga, *Reconstrucción postconflicto, Derechos Humanos y Democracia*, Ed. Universitat Oberta de Catalunya, disponible en: http://hdl.handle.net/10609/68345, visitada por última vez el 5 de noviembre de 2018.

Mettraux, Guénaël, *International Crimes and The Ad Hoc Tribunals,* Oxford University Press, Oxford, 2005.

Olásolo, Héctor, «Informe Nacional de España», en Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel; Elsner, Gisela (ed.). *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*. Georg-August-Universität-Göttingen, 2007.

Ollé Sesé, Manuel, *Justicia Universal para Crímenes Internacionales,* La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

Perez Cepeda, Ana Isabel, «Ley Orgánica 1/2014, de13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España» *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 3, 2015, pp. 10-40.

Philippe, Xavier, «Los Principios de Jurisdicción Universal y Complementariedad: Su Interconexión», *International Review of the Red Cross*, No. 862, 2006, pp. 375-398.

Pigrau Solé, Antoni, «La Jurisdicción Universal: Un Instrumento Imprescindible en la Lucha contra la Impunidad, también desde España», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, nº21, junio 2017, pp. 70-101.

Ramón Chornet, Consuelo, «Acerca del Debate sobre las Reformas Legales de la Jurisdicción Universal en España», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, nº21, junio 2017, pp. 10-23

Remiro Brótons, Antonio, «Jurisdicción Penal Universal sobre Crímenes Internacionales e Inmunidades del Estado Extranjero y sus Agentes», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico,* Tirant lo Blanch, nº21, junio 2017, pp. 24-46.

Sanchez Legido, Ángel, «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 27, 2014, disponible en: http://www.reei.org/index.php/revista/num27, visitada por última vez el 9 de noviembre de 2018.

Santos Martínez, Alberto M., «Jurisdicción y Competencia» en Nieva Fenoll, Jordi y Bujosa Vadell, Llorenç (dir.), *Nociones Preliminares de Derecho Procesal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 33-40.

Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court,* Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Torres Pérez, María, Bou Franch, Valentín, *La Contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la Configuración Jurídica de los Crímenes Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Van Der Herik, L. J., *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005.

ZAFRA ESPINOSA DE los MONTEROS, Rafael, «El Establecimiento Convencional de la Corte Penal Internacional: Grandeza y Servidumbre» en *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Premio «Rafael Martínez Emperador 1999», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 157-194

5 | Prueba penal transfronteriza: denegación del reconocimiento y ejecución de la Orden Europea de Investigación en España

Lidia Domínguez Ruiz[1]
Prof. Ayudante Doctora
Acreditada como Prof. Contratada Doctora
Área de Derecho Procesal
Universidad de Almería

SUMARIO: 1. Consideraciones generales sobre los motivos de denegación en la directiva 2014/41/CE. 2. Los motivos de denegación en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre. 2.1. Privilegio en el Estado de ejecución y protección de libertad de prensa y expresión. 2.2. Inmunidad en el Estado de ejecución. 2.3. Seguridad nacional, protección de la fuente de información y utilización de información clasificada. 2.4. Protección del principio de territorialidad. 2.5. Infracción de Derechos Fundamentales. 2.6. El control de la doble tipificación. 2.7. Medidas limitadas a un listado de delitos o a delitos que superen un umbral punitivo. 2.8. Imposibilidad de ejecución en caso nacional similar. 2.9. Ne bis in idem.

1. Consideraciones generales sobre los motivos de denegación en la Directiva 2014/41/CE

La regulación de los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución de la orden europea de investigación (en adelante, EOI) ha sido una de las cuestiones más polémicas suscitada en torno a la *Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal*[2] (en adelante, DOEI). Motivos que han venido sufriendo distintas variaciones hasta la versión definitiva de la DOEI. Así, si partimos de su Pro-

1. Estudio realizado en el marco del Proyecto «Asignaturas pendientes del sistema procesal español» (DER2017-83125-P), Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Gobierno de España); cofinanciado con FEDER.

2. DOUE L 130, de 1 de mayo de 2014.

puesta inicial[3], podemos observar como su artículo 10 contemplaba únicamente 4 motivos de denegación de carácter facultativo[4]. Lo que respondía, según su considerando 12, al objetivo de asegurar la eficacia de la cooperación judicial en materia penal. O lo que es lo mismo respetar en la mayor medida posible el principio de reconocimiento mutuo, piedra angular de este tipo de cooperación.

El carácter limitado de los motivos contenidos en la Propuesta inicial de DOEI supuso una novedad en relación con el resto de instrumentos hasta entonces existentes en materia de cooperación judicial penal que, aunque también tienen como base el principio de reconocimiento mutuo, contienen una amplia lista de motivos de denegación. Cuestión esta, a su vez, paradójica si tenemos en cuenta la finalidad del mencionado principio[5]. Y es que la aplicación efectiva del principio de reconocimiento mutuo en este ámbito pasa por la libre circulación de resoluciones judiciales penales dictadas por los tribunales de los Estado miembros limitando al máximo su revisión. Por lo que se ha entendido que el establecimiento de amplios listados de motivos de denegación, además con carácter preceptivo, va en contra de dicho principio[6]. Asimismo, y entre la relación existente entre el aumento o disminución de los motivos de denegación y la efectividad del principio de reconocimiento mutuo, se pronunciaron distintos autores. En palabras de AGUILERA MORALES «*los motivos de denegación del reconocimiento o ejecución de una resolución proveniente de otro Estado miembro constituyen algo así como el «sismógrafo» del principio de reconocimiento mutuo, pues cuanto más limitados son aquéllos mayor es el deber de los Estado de contribuir a la cooperación reclamada y, por lo mismo, mayor el grado de desarrollo que cabe predicar de aquel principio*»[7]. Y en la misma línea BACHMAIER WINTER quien predica que «*cuanto más se reduzcan los posibles motivos de denegación, más virtualidad adquiere el principio de reconocimiento mutuo, y a la inversa*»[8].

---

3. «*Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República de Austria, la República de Eslovenia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal*» (DOUE C 165, de 24 de junio de 2010).

4. Los motivos eran: inmunidad o privilegio que hiciese imposible la ejecución; seguridad nacional, protección de la fuente de información y utilización de información clasificada; inexistencia de medida de investigación en el Estado de ejecución e imposibilidad de sustituirla por otra que alcance un resultado similar; y OEI emitida en determinados procedimientos con medida no autorizada para caso interno similar.

5. Cfr. AGUILERA MORALES, M., «El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2145, 2012, pp. 18-19.

6. En este sentido, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F, «Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las Comisiones Rogatorias?», en *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa* (coord. ARANGÜENA FANEGO, C.), Editorial Comares, Granada 201, pp. 196-197.

7. AGUILERA MORALES, M., «El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas», cit., p. 19 (nota a pie de página 39).

8. BACHMAIER WINTER, L., «La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación», en Revista Española de Derecho Europeo, núm. 37, 2011, apartado III.

La lista inicial de 4 motivos de denegación fue aumentando progresivamente en las distintas versiones de Propuesta de DOEI, lo que se veía por parte de la doctrina no como un retroceso en cuanto a la implantación del principio de reconocimiento mutuo, sino como un avance en el consenso entre los distintos Estados miembros[9]. Hasta encontrarse finalmente recogidos en el artículo 11 de la DOEI, entre los que cabe destacar la inclusión de la infracción del principio *ne bis in idem*, el criterio de territorialidad, el control de la doble tipificación, o la protección de los Derechos Fundamentales. Todos ellos con carácter facultativo. Ahora bien, y aunque no son objeto de estudio en el presente trabajo, la DOEI a lo largo de su articulado prevé también una serie de motivos de denegación específicos aplicables a determinadas medidas de investigación [arts. 22.3, 23.3, 24.2 y 29.3 b) DOEI]. Asimismo, cabe destacar el hecho que respecto de algunas de esas determinadas medidas de investigación, además, la DOEI establece como causa de denegación específica común que la medida en cuestión no estuviese autorizada en casos internos similares [arts. 26.6, 27.5 28.1, 29.3 a), 30.5 y 31.3 DOEI)[10].

2. Los motivos de denegación en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre

En el ordenamiento español, los motivos contemplados en el artículo 11 de la DOEI se encuentran distribuidos en 2 preceptos distintos de la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (en adelante LRM)[11]. Por un lado, el artículo 207.1, regulador de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de la OEI. Por otro, el artículo 32.1, al que remite el precepto anterior, en el que se contienen los motivos generales de denegación para las medidas solicitadas en los instrumentos de reconocimiento mutuo, aplicables todos ellos también a la OEI. En concreto, los motivos de denegación del artículo 207.1 de la LRM son los mismos que los recogidos en el artículo 11.1 de la DOEI, con una excepción, el *ne bis in ídem*, que aparece recogido en el artículo 32.1 a). Asimismo, el artículo 207.1 en su letra a) se refiere a los supuestos de privilegio en el Estado de ejecución y libertad de

9. En este sentido Bahcmaier Winter, L., «La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25, 2011, pp. 23-24.

10. Según la doctrina esa causa común hubiese podido tener cabida dentro de las causas generales del artículo 11 de la DOEI añadiéndose un inciso en la letra h) de su apartado 1 [en este sentido, Rodríguez-Medel Nieto, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016. p. 425.

11. La *Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación* (BOE núm. 142, de 12 de junio de 2018), dio cumplimiento al mandato de transposición de la DOEI, incorporando la misma a través de la modificación de la LRM.

prensa y expresión, pero no al supuesto de inmunidad, el cual aparece contemplado en el artículo 32.1 d). A diferencia de lo que sucede en la DOEI que engloba todos estos motivos en su artículo 11.1 a)[12].Por su parte, el artículo 32.1 de la LRM contiene, además, otros 2 motivos en sus letras b) y c), aplicables también a la OEI, aunque no serán analizados en el presente trabajo. Estos son la denegación por prescripción del delito o de la pena conforme al Derecho español, y por incorrecciones manifiestas o por insuficiencias en el formulario de emisión[13].

Antes de abordar individualmente la transposición de cada uno de los motivos de denegación establecidos en el artículo 11 de la DOEI, es necesario hacer dos precisiones. La primera y esencial es que, a diferencia de la DOEI que regula los motivos de denegación con carácter facultativo, nuestro legislador los regula con carácter obligatorio. En este sentido, nuestras autoridades competentes para la ejecución, siempre que concurra alguno de los motivos previstos en los artículos 207.1 y 32,1 de la LRM, estarán obligadas a denegar del reconocimiento y la ejecución de la OEI[14]. En segundo lugar, cabe también mencionar la posibilidad de denegar parcialmente la OEI, lo que se desprende del artículo 207.3 de la LRM, y encuentra su justificación en el hecho de que la OEI puede contener la práctica de varias medidas de investigación y el motivo de denegación afecte sólo a una de ellas[15].

---

12. Romero Pradas pone de relieve el carácter no sistemático ni ordenado que nuestro legislador ha utilizado para regular los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución de la OEI [Romero Pradas, Mª. I., «La prueba penal en Europa, una cuestión compleja. La orden europea de investigación como instrumento de obtención de pruebas en procesos penales transnacionales y su próxima incorporación al Derecho español», en *Integración europea y justicia penal* (dir. González Cano, Mª. I.), Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, p. 395].

13. Sobre estos dos motivos de denegación puede verse, Grande Seara, P., «Reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación», en *Integración europea y justicia penal* (dir. González Cano, Mª. I.), Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 463-464.

14. En palabras de Grande Seara «*ello obedece a que el legislador ha querido apurar en lo posible la eficacia del principio de reconocimiento mutuo y dotar la mayor virtualidad a la libre circulación de las resoluciones penales en materia de prueba transfronteriza, pero sin renunciar a los principios fundamentales del proceso penal español y a la tutela de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados por la ejecución de una OEI. De ahí que convierta en imperativa la denegación del reconocimiento y ejecución cuando concurren los motivos para ello, superando los términos potestativos en que se manifiesta la Directiva en este punto*» [Grande Seara, P., «Reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación», en *Integración europea y justicia penal*, cit., p. 459].

15. Cfr. Arangüena Fanego, C., «Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 58, 2017, p. 937.

2.1. Privilegio en el Estado de ejecución y protección de libertad de prensa y expresión

Tal y como dispone el art. 207.1 a) de la LRM, la autoridad competente española estará obligada a denegar el reconocimiento y ejecución de la OEI «*cuando exista un privilegio procesal que haga imposible ejecutar la orden europea de investigación o normas sobre determinación y limitación de la responsabilidad penal en relación con la libertad de prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación que imposibiliten a la autoridad competente española su ejecución*».

Como hemos señalado anteriormente, el presente artículo viene a transponer el artículo 11.1 a) de la DOEI, con la diferencia de que no incluye el supuesto de inmunidad en el Estado de ejecución, al que la LRM le dedica su artículo 32.1.d). En cualquier caso las precisiones que vamos a realizar son también extensibles para el supuesto de inmunidad.

Respecto a qué debe entenderse por inmunidad o privilegio, la DOEI pone de manifiesto que no existe una definición común de estos términos en el Derecho de la Unión, por lo que esta labor le corresponderá al Derecho nacional. Aunque establece una excepción, y es que las mismas no pueden interpretarse en un sentido que se oponga a la obligación de suprimir determinados motivos de denegación establecidos en el Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. En cualquier caso, arroja algunos ejemplos cómo incluir protecciones aplicables a las profesiones de médicos y abogados. E incluso, aunque no se consideren necesariamente como un privilegio o inmunidad, normas relativas a la libertad de presa y de expresión (considerando 20 DOEI). Término este último también cuestionado por la doctrina, en el sentido de si se refiere a la protección de las fuentes de información o a una exigencia de doble incriminación en el caso de perseguirse delitos que estén relacionados con el derecho a la libertad de expresión[16].

Por otro lado tenemos que referirnos al artículo 31 de la LRM que regula la petición del levantamiento de inmunidades, lo que hace con más precisión que la DOEI en su artículo 11.5. Así, cuando exista inmunidad de jurisdicción o de ejecución en España, la autoridad competente española de la ejecución solicitará sin demora el levantamiento de dicho privilegio si hacerlo fuese competencia suya. Sin embargo, si es competencia de otro Estado o de una organización internacional, dicha solicitud corresponderá a la autoridad de emisión, a

16. En este sentido, BACHMAIER WINTER, L., «La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación», cit., apartado 2.2.

cuyo efecto la autoridad española comunicará a la de emisión dicha circunstancia. Además, mientras se resuelve sobre la solicitud de retirada, la autoridad española competente de la ejecución adoptará, en su caso, las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la efectiva ejecución de la OEI una vez levantada la inmunidad. Finalmente, y para el caso de que se hubiese producido el levantamiento, cuando la autoridad de ejecución española hubiese sido informada de ello, el plazo, a los efectos de la ejecución de la OEI, comenzará a computarse.

Para finalizar, cabe señalar que, si concurre alguno de estos motivos, antes de proceder a la denegación del reconocimiento y ejecución de la OEI, la autoridad española competente tendrá que solicitar a la autoridad de emisión la información complementaria necesaria y, en su caso, la subsanación del defecto en que se hubiera incurrido (art. 207.3 LRM).

2.2. Inmunidad en el Estado de ejecución

Como acabamos de analizar, nuestro legislador recoge los motivos de denegación contenidos en la letra a) del artículo 11.1 de la DOEI en dos preceptos distintos, quedando regulado el supuesto de inmunidad en el artículo 32.1 d) de la LRM. Por lo que nos remitimos a lo ya analizado en el apartado anterior. Simplemente, plasmar la literalidad del precepto. Así, la autoridad competente española estará obligada a denegar el reconocimiento y la ejecución de la OEI «*cuando exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución*».

2.3. Seguridad nacional, protección de la fuente de información y utilización de información clasificada

Otro de los motivos ante el que la autoridad competente española está obligada a denegar el reconocimiento y la ejecución de la OEI es «*cuando la ejecución pudiera lesionar intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer a la fuente de información o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia*» [art. 207.1 b) LRM]. Y al igual que los anteriores, antes de proceder a la denegación, la autoridad competente española tendrá el deber de consultar a la autoridad de emisión (art. 207.3 LRM).

El presente motivo, que se corresponde con el artículo 11.1 b) de la DOEI, está redactado en términos bastante amplios, lo que en la práctica puede provocar que las autoridades del Estado de ejecución adopten soluciones muy distintas

al aplicar el mismo[17]. Por ello se entiende que lo recomendable es que «*la autoridad del Estado requerido habría de proceder de modo análogo al modo en que actuaría si la información requerida fuese necesaria para una investigación penal doméstica*», lo que tendría su base en el artículo 9.1 de la DOEI, cuyo equivalente es el artículo 21.1 en la LRM. En virtud del cual, la ejecución de la OEI se llevará a cabo del mismo modo que si hubiera sido dictada por una autoridad judicial española[18].

2.4. Protección del principio de territorialidad

En base al artículo 207.1 c) de la LRM, la autoridad competente española estará obligada a denegar el reconocimiento y la ejecución de la OEI, previa consulta a la autoridad del Estado de emisión (art. 207.3 LRM), «*cuando la resolución se refiera a hechos que se hayan cometido fuera del Estado emisor y total o parcialmente en territorio español, y la conducta en relación con la cual se emite la orden europea de investigación no sea constitutiva de delito en España*». Motivo cuya inclusión en el listado de la DOEI [art. 11.1 e)] no estuvo exento de críticas[19].

Como puede observarse, del artículo 207.1 c) se desprende que para que tenga lugar la denegación tienen que concurrir 3 requisitos: en primer lugar, el delito ha tenido que cometerse fuera del territorio del Estado de emisión; en segundo lugar, dicho delito ha tenido cometerse total o parcialmente en territorio español; y por último, que la conducta en relación con la que se ha emitido la OEI no sea constitutiva de delito en España[20].

---

17. En palabras de Martínez García «*nos encontramos ante un cajón desastre, donde a priori se hace difícil prever los casos en los que pueda al estado de ejecución no interesarle colaborar, motivos, eminentemente de calado político*» (Martínez García, E., *La orden europea de investigación. Actos de Investigación, Ilicitud de la prueba y Cooperación judicial transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 74).

18. Bachmaier Winter, L., «La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación», cit., apartado 2.3.

19. En este sentido véanse, Jiménez-Villarejo Fernández, F, «Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las Comisiones Rogatorias?», cit., p. 188; y. Bachmaier Winter, L., «La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación», cit., apartado 2.6).

20. Hay quienes como Rodríguez-Medel Nieto que entienden que la razón de ser de este motivo de denegación es realmente que el delito no sea constitutivo de delito en el Estado de ejecución, y no tanto el hecho de que haya sido cometido en su territorio. Por lo que si la conducta fuese delictiva en España no entraría en juego el presente motivo de denegación (Rodríguez-Medel Nieto, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., pp. 440-441)

2.5. Infracción de Derechos Fundamentales

En virtud del artículo 207.1 d) de la LRM, la autoridad competente española estará obligada a denegar el reconocimiento y la ejecución de la OEI «*cuando existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la orden europea de investigación es incompatible con las obligaciones del Estado español de conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea*». Sin olvidar que antes de proceder a su denegación total o parcial tendrá que consultar a la autoridad del Estado de emisión en los términos del artículo 207.3 de la LRM.

La aplicación de este motivo de denegación, regulado en la DOEI en su artículo 11.1 f), presenta dificultades prácticas que radican en el nivel de protección de los Derechos Fundamentales, ya que cada Estado miembro tiene una concepción diferente en cuanto al contenido esencial de estos derechos. Así que para resolver la presente cuestión hay que recurrir a la jurisprudencia del TJUE y en concreto, para este caso, al conocido asunto Melloni, donde se establece la primacía en la aplicación del Derecho Europeo. En virtud del mismo se entiende que los tribunales nacionales para determinar el nivel de protección de los Derechos Fundamentales deben atenerse a la regulación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en la interpretación dada por la jurisprudencia del TJUE, o lo que es lo mismo al estándar europeo. Y no al del ordenamiento constitucional interno del Estado de ejecución, aunque los estándares de protección de éste último sean superiores[21].

Para terminar, y siguiendo a BACHMAIER WINTER, podemos señalar que el presente motivo de denegación se configura como una especie de cláusula de orden público, «*ya que siempre que se haga un uso adecuado de la misma, supone una garantía específica para el respeto de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa*»[22].

---

21. Al respecto pueden verse, MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La orden europea de investigación. Actos de Investigación, Ilicitud de la prueba y Cooperación judicial transfronteriza*, cit., pp. 29-43; RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., pp. 447-448; y GRANDE SEARA, P., «Reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación», cit., pp. 470.

22. BACHMAIER WINTER, L., «Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación», en *Revista General de Derecho Europeo (iustel)*, núm. 36, 2015, p. 25.

2.6. El control de la doble tipificación

La Propuesta inicial de DOEI suprimía el requisito de la doble tipificación, lo que conllevaba que las autoridades del Estado de ejecución tuviesen también que ejecutar una medida de investigación en aquellos casos en los que la conducta que dio lugar a la misma no estuviese tipificada como delito en el Estado de ejecución[23]. Pero el texto final de la DOEI, en su artículo 11.1 g), sí que incluye el control de la doble tipificación.

Dicho precepto ha sido transpuesto por el artículo 207.1 e) de la LRM, reproduciéndose en su párrafo I con las precisiones necesarias al ordenamiento español. Así, la autoridad competente española estará obligada a denegar el reconocimiento y la ejecución de la DOEI «*cuando la conducta que dio origen a la emisión de la orden europea de investigación no sea constitutiva de delito con arreglo al Derecho español y no esté recogida en las categorías de delitos a que se refiere el apartado 1 del artículo 20, siempre que la pena o medida de seguridad privativas de libertad previstas en el Estado de emisión para el delito a que se refiere la orden europea de investigación fuera de un máximo de al menos tres años*». Pero a diferencia de los motivos ya analizados, para la denegación del mismo la autoridad española competente no tendrá el deber de consultar a la autoridad del Estado de emisión (art. 207.3 LRM).

Del artículo 207.1 e) se desprende que el control de la doble tipificación sólo tendrá lugar cuando la conducta delictiva no se incluya en la enumeración contenida en el artículo 20.1, o cuando estando incluida en dicha enumeración la conducta delictiva sea punible en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuyo máximo sea inferior a 3 años. Pudiendo en estos supuestos la autoridad competente española denegar el reconocimiento o la ejecución de la OEI. Ahora bien, parte de la doctrina es crítica con el límite de pena señalado, entendiendo que si el delito pertenece a alguna de las categorías establecidas es ya motivo suficiente para que no pudiese alegarse la falta de doble tipificación[24].

Además hay que tener en cuenta que el presente motivo de denegación no puede aplicarse cuando la medida de investigación solicitada en la OEI sea al-

---

23. Sobre el motivo de la eliminación, en su día, del requisito de la doble incriminación en la Propuesta inicial de DOEI, así como las consecuencias que ello conllevaba, puede verse JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F, «Orden Europea de Investigación: ¿Adiós a las Comisiones Rogatorias?», cit., pp. 183-188; y BACHAMIER WINTER quien, además, apuntaba que la eliminación de este requisito era posible «*sólo si ello no implica adoptar medidas de investigación coercitivas que suponen una restricción de los derechos fundamentales*» [BACHMAIER WINTER, L., «La orden europea de investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de pruebas en el proceso penal», en *Revista española de Derecho europeo*, núm. 32, 2011, apartado III c)].

24. En este sentido, BACHMAIER WINTER, L., «La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación», cit., apartado 4.

guna de las contenidas en el artículo 206.1 de la LRM, es decir, aquellas denominadas como «privilegiadas» por tener que encontrarse obligatoriamente en todos los Estados miembros (art. 207.2 LRM).

Si continuamos con el análisis del artículo 207.1 e), podemos observar cómo contiene un párrafo II, no recogido en el artículo 11.1 g) de la DOEI, que consideramos bastante clarificador. En concreto establece que: «*para comprobar si dicha conducta está o no incluida dentro de los delitos enumerados en el apartado 1 del artículo 20 y que alcanza el umbral de pena antes mencionado, se estará a lo indicado por la autoridad del Estado de emisión en el formulario de emisión remitido*». Y es que el formulario de emisión de la OEI, en su Sección G, apartado 3, pregunta si el delito es punible con una pena de un máximo de 3 años como mínimo y enumera el catálogo de delitos contenido en el artículo 20.1. De manera que cuando la autoridad de emisión señale alguna de las casillas contempladas, se exime a la autoridad de ejecución del control de la doble tipificación y, por tanto, no podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la OEI.

2.7. Medidas limitadas a un listado de delitos o a delitos que superen un umbral punitivo

Conforme al artículo 207.1 f) de la LRM, la autoridad competente española está obligada a denegar el reconocimiento y la ejecución de la OEI «*cuando el uso de la medida de investigación indicada en la orden europea de investigación esté limitado, con arreglo al Derecho español, a una lista o categoría de delitos, o a delitos castigados con penas de a partir de un determinado umbral que no alcance el delito a que se refiere la orden europea de investigación*».

Al igual que el motivo anteriormente analizado, éste no puede aplicarse cuando la medida de investigación solicitada en la OEI sea alguna de las medidas «privilegiadas» previstas en el artículo 206.1 de la LRM (art. 207.2 LRM). Asimismo, la autoridad competente española no estará obligada a consultar a la autoridad del Estado de emisión previamente a decidir sobre la denegación total o parcial de la OEI (art. 207.3 LRM)[25].

---

25. Ahora bien, en este caso, y volviendo a seguir a BACHMAIER WINTER, es paradójico el hecho de que no se le exija a la autoridad de ejecución el deber de consulta, ya que el artículo 10.4 de la DOEI (art. 206.4 en la LRM) impone dicho deber en aquellos casos en los que la autoridad de ejecución recurra a una medida de investigación distinta a la prevista en la OEI cuando no exista en un caso similar interno (BACHMAIER WINTER, L., «Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación», cit., p. 25).

El artículo 11.1 h), que es en el que regula la DOEI el presente motivo de denegación, no ha estado exento de críticas por entenderse que se produce un solapamiento con su artículo 10.1 b) en conexión con el artículo 10.5 [respectivamente, arts. 207.1 f), 206.3 y 206.5 de la LRM]. Precepto este último que permite a la autoridad de ejecución sustituir la medida de investigación solicitada en la OEI por otra distinta, si no existiese en un caso interno similar. Pues bien, al respecto, podemos encontrarnos distintas posturas. Por un lado están los que entienden que la denegación podría amparase en cualquier de los dos preceptos señalados. Ya que en virtud del artículo 10.5 de la DOEI, si no es posible la sustitución no podrá ejecutarse la medida de investigación contenida en la OEI. De manera que llegados a este punto no tendría sentido la inclusión del presente motivo de denegación[26]. Por otro lado están los que partiendo de esta misma conclusión hacen una matización basándose en que el uso de la medida de investigación esté limitado por razones distintas a las anteriores. Por ejemplo, en relación con el sujeto activo, es decir, cuando sólo pudiese ser responsable una persona física y no jurídica, o no esté disponible para menores de edad, entre otros supuestos. En estos casos no se aplicaría el presente motivo de denegación, y sólo cabría comunicar la imposibilidad de ejecutar la OEI si la medida de investigación no pudiese ser sustituida. Teniendo entonces sentido la inclusión[27].

2.8. Imposibilidad de ejecución en un caso nacional similar

Por su parte, el artículo 207.1. g) de la LRM impone a la autoridad competente española la denegación del reconocimiento y la ejecución de la OEI «*cuando la orden europea de investigación se refiera a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional en el orden penal, y la medida no estuviese autorizada, con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, para un caso interno similar*». Motivo, al igual que el anterior, en el que la autoridad española competente no estará obligada a consultar a la autoridad de emisión cuando vaya a denegar la OEI (art. 207.3 LRM).

Asimismo, en relación con este motivo de denegación, la doctrina vuelve a poner de manifiesto la deficiente técnica legislativa utilizada por la DOEI. El

---

26. En este sentido, BACHMAIER WINTER, L., «La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación», cit., apartado 3.5.

27. En este sentido, RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., p. 424.

artículo 11.1 c), regulador de este motivo en la DOEI, también se solapa con el artículo 10.1 b), al igual que en el supuesto anterior. Cabiendo preguntarse si la OEI puede denegarse directamente sin que pueda sustituirse la medida de investigación contenida en la misma, cuestión que no queda clara[28].

2.9. Ne bis in idem

Por último, nos referimos a la infracción del principio *ne bis in idem* como motivo de denegación que, a pesar de no recogerse en la Propuesta inicial de DOEI, queda regulado en el artículo 11.1 d) de su texto final. Por su parte, nuestro legislador lo recoge en el artículo 32.1 a) de la LRM, lo que hace con términos más precisos. Así, la autoridad competente española estará obligada a denegar el reconocimiento y ejecución de una OEI «*cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio non bis in ídem en los términos previstos en las leyes y en los convenios y tratados internacionales en que España sea parte y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado*». Teniendo en cuenta que, antes de proceder a su denegación total o parcial, la autoridad competente española tendrá que consultar a la autoridad de emisión (art. 207.3 LRM)—.

Nos encontramos ante un principio fundamental del Derecho de la Unión Europea, así lo reconoce la Carta de Derechos fundamentales, en su artículo 50, y lo desarrolla la jurisprudencia del TJUE (considerando 17 DOEI). De ahí que no se tenga en cuenta el alcance del presente principio según el Derecho interno de cada Estado miembro, sino según el contexto europeo[29]. En todo caso respecto de los supuestos en los que cabría la denegación, en base al presente motivo, podemos hacer las siguientes manifestaciones. La regla general es que la ejecución de la OEI será contraria al principio *ne bis in idem* cuando la persona en cuestión hubiese sido ya juzgada por los mismos hechos en otro Estado miembro, y hubiese sido condenada o absuelta mediante resolución firme. En cambio, y como señala Aguilera Morales, en los supuestos de litispendencia internacional no cabe alegar este motivo de denegación. Esto es, cuando la autoridad de ejecución tenga conocimiento de la pendencia simultánea de una investigación sobre la misma persona y respecto de los mismos hechos en un

28. Bachmaier Winter, L., «La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación», cit., apartado 3.2.4.

29. Cfr. Aguilera Morales, M., «El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas», cit., p. 20.

Estado miembro distinto del Estado de emisión[30]. Asimismo, tampoco puede la autoridad de ejecución denegar el reconocimiento o ejecución de la OEI por este motivo cuando vaya dirigida a establecer la existencia de un posible conflicto con el principio *ne bis in idem*, ni cuando la autoridad de emisión haya dado garantías de que la prueba transferida como resultado de la ejecución de la OEI no se utilizará para enjuiciar o imponer una sanción a una persona cuyo caso haya sido objeto de una resolución final en otro Estado miembro por los mismos hechos (considerando 17 DOEI).

Para terminar queremos referirnos a una cuestión puesta de relieve por BACHMAIER WINTER. La relativa a la forma de comprobar que la medida de investigación contenida en la OEI se refiere a un proceso cuyos hechos ya han sido enjuiciados en otro Estado miembro. Cuestión nada fácil en la práctica, ya que en la mayoría de los supuestos la autoridad del Estado de ejecución no podrá apreciar de oficio la existencia de cosa juzgada, teniendo que ser la propia parte afectada la que haga valer el *ne bis in idem*. Lo que sólo podrá hacer si está personada en el Estado de emisión y si tiene conocimiento de la remisión de la OEI a la autoridad de ejecución[31]. En nuestro ordenamiento, la vía que ésta podría utilizar para hacerlo sería la contenida en el artículo 22.1 de la LRM[32].

---

30. Así, de nuevo, AGUILERA MORALES, M., «El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas», cit., p. 21.

31. Cfr. BACHMAIER WINTER, L., «La propuesta de Directiva europea sobre la orden de investigación penal: valoración crítica de los motivos de denegación», cit., apartado 2.5.

32. En este sentido, RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., p. 438.

6 | Decomiso ampliado y presunción de inocencia

Tomás Farto Piay
Investigador del Área de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

I. Decomiso ampliado: concepto, naturaleza jurídica y ámbito de aplicación

El decomiso ampliado se encuentra regulado en el art. 127 *bis* CP tras la reforma operada en 2015 del texto penal[1]; reforma que es consecuencia de la transposición de la Directiva 2014/42/UE, cuya pretensión es armonizar las disposiciones de los Estados miembros y alcanzar la mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia organizada en el plano económico con la privación de bienes. Para el cumplimiento de su objetivo, y respecto al decomiso ampliado, habilita la facultad de acudir a indicios o presunciones[2]. En relación a esta modalidad de decomiso, se advierte la preocupación de la comunidad internacional respecto de las dificultades probatorias de la vinculación de bienes de los condenados con las actividades delictivas que no son objeto de condena, como obstáculo para su incautación y lograr el estrangulamiento económico de esas organizaciones de modo que dichas actividades no resulten en ningún caso rentables.

1. Los arts. 127 *quinquies* y *sexies* CP regulan la modalidad de decomiso ampliado por actividad delictiva previa continuada o por reiteración delictiva.

2. El art. 5 de la Directiva 2014/42/UE dispone la obligación de que los países miembros adopten medidas necesarias para el decomiso de bienes de una persona condenada que puedan dar lugar, directa o indirectamente a una ventaja económica cuando, en las circunstancias del caso, se concluya que el bien es de procedencia delictiva. Las infracciones penales en que ha de resultar aplicable se contemplan en el art. 5.2 con carácter de mínimos (Considerando 23). Nuestro legislador ha excedido el mandato de la Directiva 2014/42/UE sobre los tipos penales o ámbito material del decomiso ampliado. Sobre ello, *vid.* VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Consecuencias accesorias: decomiso (arts. 127 a 127 octies)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de junio de 2015)*, 2ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 395 y ss.

Partiendo del art. 127 *bis* 1 CP que prevé que «el juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito» y de la configuración que le otorga el Preámbulo de la LO 1/2015, la característica definitoria y diferenciadora del decomiso ampliado es la de ser una modalidad de decomiso en que los bienes, efectos o ganancias decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado distintas a los hechos objeto de condena[3]; es decir, se fundamenta en la existencia de otras actividades delictivas de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto.

Es muy debatida la naturaleza jurídica del decomiso, figura que se encuentra incluida entre las consecuencias accesorias del Título VI del CP, de modo que no aparece regulado entre las penas, medidas de seguridad ni como responsabilidad civil[4]. En concreto, en relación al decomiso ampliado, el Preámbulo de la LO 1/2015 señala que no es una sanción penal sino una institución por la que se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva, con fundamento y naturaleza civil y patrimonial próxima a figuras como el enriquecimiento injusto. El legislador le niega categoría de sanción penal y pretende dotarlo de una naturaleza civil, sin afirmarlo categóricamente pues habla de naturaleza «más bien civil», asimilándolo a una figura patrimonial. En esa línea, la Disposición Final Séptima de la LO 1/2015 confiere carácter de ley ordinaria a la regulación del decomiso en el CP, por razones del principio de legalidad.

El decomiso ampliado se configura con carácter imperativo al establecer el art. 127 *bis* 1 CP que el juez o tribunal «ordenará» el decomiso, como de obligado proceder para el juzgador, rasgo diferenciador del decomiso ampliado por continuidad delictiva en que resulta potestativo. Esta imperatividad hace surgir dudas sobre si puede ser acordado de oficio o es precisa su solicitud expresa en

---

3. González-Cuéllar Serrano («Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos», en Marchena Gómez, M. y González-Cuéllar Serrano, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ed. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 491) lo define como «la sanción consistente en la confiscación de los bienes de procedencia delictiva resultante de la actividad criminal anterior a la comisión del hecho punible por el que se dita sentencia de condena». Señala Perals Calleja («El decomiso. Perspectiva procesal. Especial referencia al nuevo procedimiento de decomiso autónomo» *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 2, 2016, p. 117) que «los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades delictivas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena».

4. En particular, la naturaleza más controvertida es la de las modalidades de decomiso ampliado, decomiso autónomo y decomiso de bienes de terceros. Sobre este tema, *vid.* Rodríguez García, N., *El decomiso de activos*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 169.

virtud del principio acusatorio, considerándose necesaria su solicitud e introducción en el juicio oral por la acusación[5].

El art. 127 *bis* 1 CP establece como requisito que el decomiso ampliado haya de serlo por alguno de los delitos que enumera, a modo de supuestos tasados[6]; ámbito delictivo que ha sido criticado tanto en relación a los tipos penales establecidos[7], como respecto de delitos omitidos[8]. Frente al anterior art. 127.1 II CP que limitaba el decomiso ampliado a delitos en el marco de una organización o grupo criminal o de terrorismo, el art. 127 *bis* 1 CP lo amplía significativamente, excediendo el contenido de la Directiva 2014/42/UE[9], más aún dado que al referirse el supuesto de la letra r) del precepto a delitos «cometidos en el seno de una organización o grupo criminal» supone la posibilidad de su aplicación ampliada a tipos penales distintos enmarcados en supuestos de delincuencia organizada[10]. De otro lado, el art. 127.2 CP faculta para

---

5. *Vid.* DEL CERRO ESTEBÁN, J.A., («La nueva regulación del decomiso (Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015)», pp. 1-38. Disponible en el siguiente enlace: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20%20del%20Cerro%20Esteban%20Jos%C3%A9%20A.pdf?idFile=7ef71072-1d5b-4eb6-83ef-5f7cb736162a, (última consulta 02/10/2018), p. 12; PERALS CALLEJA, J., «El decomiso…», op. cit., p. 119.

6. Los delitos son los siguientes: a) Delitos de trata de seres humanos; b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264; d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia; e) Delitos relativos a las insolvencias punibles; f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial; g) Delitos de corrupción en los negocios; h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298; i) Delitos de blanqueo de capitales; j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social; k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313; l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373; n) Delitos de falsificación de moneda; o) Delitos de cohecho; p) Delitos de malversación; q) Delitos de terrorismo y r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

7. En lo atinente al ámbito de los ilícitos penales, se ha criticado su extensión, así VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Consecuencias accesorias…», op. cit., p. 397. Contrariamente, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ («La nueva regulación del decomiso y la recuperación de activos delictivos en el ordenamiento jurídico español», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 0, 2015, p. 112) señala que la inclusión de muchos de esos tipos penales lo ha sido a sugerencia del Informe del Consejo Fiscal.

8. Se advierte la omisión de tipos penales relevantes tales como el tráfico de influencias, delitos contra la salud pública de los arts. 358 a 367, delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito o tráfico de armas, delitos de financiación ilegal de los partidos políticos, o delitos de contrabando o los urbanísticos, tipos penales de indudable relevancia económica y obtención de importantes beneficios económicos ilícitos. En este sentido, *vid.* VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Consecuencias accesorias…», op. cit., p. 396; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso*…, op. cit., p. 178; GONZÁLEZ CANO, M.ª I., «Cooperación judicial penal y decomiso ampliado. Algunas reflexiones sobre su incorporación al proceso penal español», en GONZÁLEZ CANO, M.ª I. (Dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 498.

9. La justificación de la ampliación del ámbito delictivo la expone el Preámbulo de la LO 1/2015, con la finalidad de erradicar cualquier ventaja económica proveniente de actividades delictivas, apelando a la frecuencia de que en esas actividades delictivas se generen importantes beneficios económicos.
Este exceso de transposición de la Directiva 2014/42 con incremento de los delitos en el CP respecto de las «infracciones penales» del art. 5.2 de la Directiva hace útil el carácter de normativa de mínimos que prevé el Considerando 23. Sobre esta cuestión, *vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso*…, op. cit., p. 177.; DE LA MATA BARRANCO, N.J., «Las distintas modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 124, 201, p. 4.

10. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso*…, op. cit., p. 177.

decretar el decomiso en delitos imprudentes que lleven aparejada una pena privativa de libertad superior a un año, extensible al decomiso ampliado[11].

A lo expuesto debe de añadirse que el art. 127 *bis* 3 CP prevé expresamente la aplicación del régimen del decomiso por equivalente al decomiso ampliado, al hacer extensivo lo dispuesto en el art. 127.3 CP, lo que viene a significar que en caso de que se decrete el decomiso ampliado de bienes y éstos no puedan ser hallados o materializarse su decomiso, o se hayan devaluado, se podrá acordar el decomiso de otros bienes diferentes para que los sustituyan[12].

Por su parte, el art. 127 *bis* 4 CP dispone que si el condenado afectado por el decomiso resultase nuevamente condenado por hechos delictivos similares cometidos anteriormente, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento. Es una previsión para que el juzgador valore el alcance objetivo del decomiso, moderando o ponderando, en el supuesto de que el sujeto sobre cuyo patrimonio se hubiese decretado el decomiso ampliado pueda volver a ser condenado por hechos anteriores, lo que tiende a salvaguardar el principio de proporcionalidad y la quiebra del principio *non bis in idem*[13]. Sea preciso advertir que la expresión «hechos delictivos similares» empleada no resulta del todo ajustada a los parámetros del principio de legalidad ni contribuye a proporcionar seguridad jurídica por su indeterminación[14].

El art. 127 *bis* 5 CP establece una cláusula de exclusión del decomiso ampliado en supuestos de prescripción de las actividades delictivas origen de los bienes o efectos o cuando tales actividades delictivas hayan sido objeto de un proceso penal finalizado por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada[15]. El fundamento de uno u otro supuesto difiere. En

---

11. Gisbert Pomata, M., «El decomiso ampliado», La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, núm. 124, 2017, op. cit., p. 6; Jiménez-Villarejo Fernández, F., «La nueva regulación…», op. cit., p. 11.

12. Esta posibilidad ha sido objeto de crítica en cuanto a su fundamento o razón de ser en relación a los propios fines del decomiso ampliado, más allá de proteger eventuales derechos dominicales de terceros de buena fe sobre los bienes a sustituir. En este sentido, *vid.* Vidales Rodríguez, C., «Consecuencias accesorias…», op. cit., p. 398; Rodríguez García, N., *El decomiso*…, op. cit., p. 184.

13. Vidales Rodríguez, C., «Consecuencias accesorias…», op. cit., p. 399; Del Cerro Estebán, J.A., («La nueva regulación del decomiso…», op. cit., *p.* 13; González-Cuéllar Serrano («Aspectos procesales…», op. cit., *p.* 501) indica que el fin es evitar la lesión del principio non bis in ídem, que impide una doble sanción de la misma conducta. Sin embargo, Jiménez-Villarejo Fernández («La nueva regulación…», op. cit., p. 116) señala que se trata de evitar una posible infracción del principio de proporcionalidad más que de ne bis in idem.
En nuestra opinión se puede cuestionar la relación de la clausula de ponderación con la posible afectación del *non bis in idem* en el decomiso ampliado pues si se le otorga naturaleza civil, no sancionadora, en puridad no procede aludir a *bis in idem* ya que este principio opera en sanciones.

14. Jiménez-Villarejo Fernández, F., «La nueva regulación…», op. cit., p. 116.

15. Sobre ello, *vid.* González-Cuéllar Serrano, N., «Aspectos procesales…», op. cit., pp. 501 y ss.; Vidales Rodríguez, C., «Consecuencias accesorias…», op. cit., p. 399.

relación a la prescripción vendría constituido por la extinción de la responsabilidad criminal del sujeto lo que no concuerda con la pretendida naturaleza civil[16], mientras que en el caso de sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada respondería a elementales principios constitucionales de prohibición de doble enjuiciamiento (art. 24.2 CE) y de invariabilidad de resoluciones judiciales firmes, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por acción del efecto negativo de la cosa juzgada y la seguridad jurídica[17].

Parece un acierto la equiparación entre sentencia absolutoria y resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada, autos de sobreseimiento libre[18], atendida la naturaleza de ambas resoluciones[19]. Cuestión compleja es la relativa al ámbito fáctico de la resolución de sobreseimiento libre para determinar las actividades delictivas que han sido objeto del proceso penal sobreseído y poder concluir si las actividades delictivas de que provienen los bienes están incluidas en los hechos objeto de sobreseimiento, proscribiéndose así su decomiso.

II. Prueba de indicios y presunciones del decomiso ampliado

El art. 127 *bis* 1 CP dispone que el juez o tribunal ordenará el decomiso de bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los delitos previstos cuando resuelva, «a partir de indicios objetivos

16. En cuanto a la prescripción se apunta que opera a consecuencia del carácter de sanción penal del decomiso pues de gozar de naturaleza civil, como pretende el legislador, le resultaría de aplicación la prescripción de las acciones civiles personales del art. 1964 del Código Civil. Al respecto, *vid.* González-Cuéllar Serrano, N., «Aspectos procesales…», op. cit., p. 501.
Ha sido criticada también la referencia de la prescripción de actividades delictivas, por la distorsión que puede generar en orden a la fijación de los hechos que integrarían tales actividades y la determinación del tiempo de su realización para situar el *dies a quo* del plazo prescriptivo. En tal sentido, *vid.* Rodríguez García, N., *El decomiso*…, op. cit., p. 185; Jiménez-Villarejo Fernández, F., «La nueva regulación…», op. cit., p. 116.

17. Con respecto de la sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada, poner de manifiesto que la exclusión por existir una sentencia absolutoria anterior resulta contrario a la tesis del TS que no otorga eficacia a la existencia de una sentencia absolutoria anterior para denegar el decomiso, así STS 578/2012, de 26 de junio (RJ 2012/9057) y STS 835/2013, de 6 de noviembre (RJ 2013/7467). *Vid.* Jiménez-Villarejo Fernández, F., «La nueva regulación…», op. cit., p. 116.

18. El sobreseimiento libre se configura como una resolución definitiva, que produce el efecto de la cosa juzgada material, es decir, equivalente a una sentencia absolutoria anticipada de modo que nunca podrán revivir o verificarse, ni en ese mismo proceso ni en otro ulterior. Cuando concurren los motivos establecidos legalmente para acordar el sobreseimiento libre éste ha de ser acordado, no el provisional, lo que no siempre ocurre en la práctica judicial por las propias consecuencias jurídicas del sobreseimiento libre. En ocasiones se dicta un auto de sobreseimiento provisional cuando lo procedente era un sobreseimiento libre y, por tanto, habrá de estarse a la naturaleza y efectos de éste pese a que la resolución lo califique de provisional, de modo que también en estos supuestos de sobreseimiento provisional meramente nominal, que en realidad debe ser un sobreseimiento libre, existen razones para entender que debería quedar excluido igualmente el decomiso ampliado.

19. En este sentido, González-Cuéllar Serrano, N., «Aspectos procesales…», op. cit., p. 501.

fundados»[20], que tales bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y «no se acredite su origen lícito»[21]. Por tanto, además de la condena del sujeto pasivo del procedimiento, para acordar el decomiso ampliado y considerar que los bienes tienen origen delictivo, el órgano jurisdiccional deberá concluir que existen indicios que sustenten tal decisión, sin que el condenado acredite la licitud del origen de los bienes desvirtuando suficientemente los presuntos indicios a medio de la prueba correspondiente[22]; de lo que se trata es de hacer una reflexión sobre si la carga probatoria de descargo que se plantea constituye una inversión legal de la carga de la prueba[23].

El art. 127 *bis* 2 CP recoge tres «indicios» a valorar «especialmente» y «entre otros» para acordar este decomiso, configurándose un sistema abierto pues el juzgador puede acudir a indicios distintos[24]. El primer indicio hace referencia a la desproporción, en términos económicos, entre el valor de bienes y efectos y los ingresos lícitos de la persona; es decir, el indicio se funda en la falta de equilibrio entre el valor económico de los bienes y los medios de vida del sujeto cuando no concuerdan los bienes con los ingresos o medios de vida para su obtención[25]. El segundo, versa sobre la ocultación de la titularidad, o poder de disposición, sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes interpuestos, o a través de paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la titularidad de los bienes. En este sentido, el indicio se basa en acciones o actividades de ocultación de titularidad o poder dispositivo sobre bienes, como estrategia de

---

20. Los indicios del decomiso ampliado ordinario son los mismos que los previstos en el art. 127 *quinquies* CP para el decomiso ampliado por reiteración delictiva, si bien en éste se establece como requisito de aplicación la obtención de un beneficio superior a 6.000 euros, junto a una actividad delictiva continuada y que los indicios fundados revelen que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa. Además, para el decomiso ampliado por reiteración el art. 127 *sexies* CP establece otras presunciones, en concreto que los bienes de los seis años anteriores de la fecha de apertura del procedimiento penal proceden de su actividad delictiva, que todos los gastos realizados en ese período han sido con fondos procedentes de su actividad delictiva y que dichos bienes fueron adquiridos libres de cargas.

21. Los indicios suscitan variadas críticas y comentarios. *Vid.* Vidales Rodríguez, C., «Consecuencias accesorias…», op. cit., p. 396.

22. Vidales Rodríguez, C., «Consecuencias accesorias…», op. cit., p. 397; González Cano, M.ª I., «Cooperación judicial…, op. cit., p. 502.

23. Jiménez-Villarejo Fernández, F., «La nueva regulación…», op. cit., p. 235, sostiene que se trata de inversión legal de la carga de la prueba; González Cano («Cooperación judicial…, op. cit., p. 502) señala que «no es inversión de la carga de la prueba en sentido estricto, sino desvirtuación de indicio fundado, que es la auténtica carga probatoria para esta modalidad decomisatoria».

24. Lo resalta el Preámbulo de la LO 1/2015 al indicar que con la finalidad de facilitar la aplicación de esta figura, se opta por incluir un catálogo abierto de indicios que, entre otros, deberán ser valorados por los jueces y tribunales para resolver. Sobre indicios, *vid.* Rodríguez García, N., *El decomiso*…, op. cit., pp. 178 y ss.

25. Este primer indicio guarda analogía con el anterior art. 127.2 CP, si bien existen diferencias pues el actual art. 127 *bis* CP alude al valor de bienes y efectos mientras la anterior regulación lo referenciaba al concepto más amplio de patrimonio, lo que puede ser una imprecisión en la redacción de la norma toda vez que el Preámbulo de la LO 1/2015 hace expresa mención a la desproporción entre el patrimonio del sujeto y sus medios de vida lícitos. En tal sentido, *vid.* Rodríguez García, N., *El decomiso*…, op. cit., pp. 180-181.

elusión para evitar su decomiso, empleando a terceros interpuestos como titulares formales (testaferros) o a medio de paraísos fiscales o territorios de nula tributación[26]. El último indicio se refiere a la transferencia de bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y carezcan de una justificación legal o económica válida; esto es, conductas de transmisión de bienes que entrañen una dificultad para su localización salvo que sean legal o económicamente justificables[27].

Este sistema de indicios suscita dudas tanto sobre su valoración judicial como sobre su acomodo respecto de los derechos fundamentales. El Preámbulo de la LO 1/2015 trata de ofrecer una pauta de interpretación sosteniendo que «el decomiso ampliado se caracteriza, precisamente, porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, y que no han sido objeto de una prueba plena», y afirmando que «el decomiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Véase que la exigencia de una prueba plena determinaría no el decomiso de los bienes o efectos, sino la condena por aquellas otras actividades delictivas de las que razonablemente provienen», pretendiendo justificar tales razonamientos bajo la premisa de que «el decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto. El hecho de que la normativa de la Unión Europea se refiera expresamente a la posibilidad de que los tribunales puedan decidir el decomiso ampliado sobre la base de indicios, especialmente la desproporción entre los ingresos lícitos del sujeto y el patrimonio disponible, e, incluso, a través de procedimientos de naturaleza no penal, confirma la anterior interpretación».

Se vislumbra el confusionismo conceptual y el déficit técnico al abordar la cuestión, pues una cosa es que el juzgador concluya el origen ilícito de los bienes tras la acreditación de la existencia de indicios, objetivos y fundados, y otra muy distinta que éstos no deban quedar debidamente acreditados para alcan-

---

26. Sobre crítica a la inseguridad jurídica de la determinación de tales conceptos, *vid.* Rodríguez García, N., *El decomiso*…, op. cit., pp. 181-182.

27. Reseñar que las conductas previstas en el segundo y el tercero de los indicios analizados encierran conductas que pueden integrar un delito de blanqueo de capitales, lo que plantearía problemas de aplicación o incluso su falta de aplicación práctica. Sobre esta cuestión, *vid.* Vidales Rodríguez, C., «Consecuencias accesorias…», op. cit., p. 398; González-Cuéllar Serrano, N., «Aspectos procesales…», op. cit., p. 500.

zar esa presunción de ilicitud, lo que supondría una contravención de las garantías y derechos inherentes al proceso, ello con independencia de que tales bienes y efectos no sean directamente provenientes del delito por el que se va a imponer condena[28]. Es decir, esa prueba de indicios o prueba indiciaria exige que el juzgador en el proceso valorativo constate la existencia del llamado «hecho base» que integre ese indicio, haciendo entrar en juego la presunción judicial, con carácter *iuris tantum*, de la procedencia ilícita de los bienes, y sin que la prueba ofrecida por el sujeto responsable, bien por su inexistencia bien por su insuficiencia, resulte apta para combatir tales indicios y destruir la presunción, lo que va a determinar la aplicación judicial del decomiso ampliado.

En aras de decretar el decomiso ampliado se acude a las presunciones judiciales alcanzadas o construidas en base a indicios, o lo que es lo mismo la prueba indiciaria[29], como faculta la Directiva 2014/42/UE en su Considerando 21. Con carácter general, en el proceso penal la validez o eficacia de la prueba de indicios como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia es pacíficamente admitida por la Jurisprudencia[30]. La convicción del juzgador sobre la culpabilidad puede ser alcanzada por vía presuntiva o indiciaria, prueba de indicios que no constituye *per se* un medio de prueba, sino una forma de valoración de hechos indirectos que resultan acreditados[31].

Expuestas tales premisas, respecto del decomiso ampliado se ha partir de que se está ante una prueba indiciaria que conduce a una presunción judicial para

---

28. González-Cuéllar Serrano («Aspectos procesales…», op. cit., p. 495) critica la confusión del Preámbulo de la LO 1/2015 su lenguaje «anticuado» y la distinción entre «prueba plena o semiplena».

29. Sobre presunciones judiciales en el decomiso ampliado, vid González-Cuéllar Serrano, N., «Aspectos procesales…», op. cit., pp. 491 y ss.

30. STSS 285/2017, de 19 de abril (RJ 2017/2132); 173/2017, de 21 de marzo (RJ 201/1157). Sobre el refrendo jurisprudencial de la prueba indiciaria en el comiso ampliado, *vid.* Aguado Correa, T., «Comentarios a los arts. 127 a 127 octies», en Gómez Tomillo, Manuel (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1019 y ss.

31. La Jurisprudencia sostiene que la convicción para desvirtuar la presunción de inocencia debe respetar tres condiciones básicas: la afirmación del hecho básico o cierto mediante los medios de prueba admisibles, no admitiéndose mayoritariamente las presunciones, aunque no hay norma que lo impida, en el proceso penal, que pueden ser plurales o único, según el caso concreto, es decir, el hecho demostrado; el que se trate de deducir o hecho presunto, que debe ser distinto de los primeros; y el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre ambos que debe plasmar el Tribunal mediante el adecuado razonamiento en la sentencia, explicando su conexión o congruencia, pues los hechos en la realidad extraprocesal no se presentan aislados sino relacionados entre sí, conforme a las reglas de la lógica o de la sana crítica, las máximas de experiencia común. *Vid. ad ex* STS 285/2017, de 19 de abril (RJ 2017/2132). Sobre esta cuestión, *vid.* Planchadell Gargallo, A. y Vidales Rodriguez, C., «Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 38, 2018, p. 57.
La prueba de indicios requiere la acreditación de los hechos indiciarios a través de prueba directa siendo preciso que entre éstos y la convicción judicial exista una concomitancia que descarte toda gratuidad en la génesis de dicha convicción, que ha de conllevar la racionalidad de la inferencia. Ese juicio de inferencia debe quedar plasmado en la resolución con una motivación suficiente, de modo que su ausencia, o patente insuficiencia, afecta a la presunción de inocencia. Así, STS 1317/2005, de 11 noviembre (RJ 2006/45), STS 533/2013, de 25 de junio (RJ 2013/6432), STS 173/2017, de 21 de marzo (RJ 201/1157).

el decomiso de bienes, no para declarar probados unos hechos para la condena por delito, y aun cuando esto no pueda eliminar esa exigencia de acreditación indiciaria, lo cierto es que la jurisprudencia admite un inferior canon de certeza[32]. A consecuencia de la aplicabilidad al decomiso ampliado de las presunciones judiciales alcanzadas a medio de prueba de indicios[33], se ensalza más aún la incorrección del Preámbulo al proclamar que no resulte precisa la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad y el objeto a decomisar, como si fuese admisible el decomiso sin prueba, lo que conculcaría las garantías y derechos inherentes al proceso penal[34], por no decir a todo proceso por exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y la interdicción de la arbitrariedad[35].

En cuanto al objeto de acreditación a medio de prueba indiciaria en el decomiso ampliado, para probar el origen ilícito de los bienes no se requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando que resulte suficientemente acreditada una actividad delictiva de modo genérico[36].

Otra cuestión que suscita la prueba de presunciones es que, toda vez que se prevé que el órgano jurisdiccional acordará el decomiso de bienes si concluye en base a indicios su origen ilícito, a no ser que el condenado lo desvirtúe acreditando la licitud de su procedencia, o al menos la insuficiencia de los indicios, se plantea si ello integra un supuesto de inversión legal de la carga de la prueba, con los problemas que genera en orden al respeto de los principios de culpabilidad y la presunción de inocencia, tal y como pone de manifiesto la doctrina[37]. Asimismo se ha criticado la opción del legislador de incluir indicios

---

32. STS 134/2017, de 2 de marzo (RJ 2017/1102); STS 338/2015, de 2 de junio (RJ 2016\6668).

33. *Vid.* Gisbert Pomata, M., «El decomiso…», op. cit., p. 8; Roig Torres, M., «La regulación de comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 36; 2016, p. 249.

34. González-Cuéllar Serrano, N., «Aspectos procesales…», op. cit., p. 496.

35. Es censurable el intento del legislador de reducir el rigor probatorio negando el carácter de sanción penal del decomiso y dotándolo de naturaleza civil próxima al enriquecimiento injusto, pues la prueba indiciaria en todo caso ha de reunir los requisitos exigidos para su eficacia. En este sentido, *vid.* González-Cuéllar Serrano, N., «Aspectos procesales…», op. cit., p. 496.

36. El TS admite que la prueba indiciaria de la actividad ilícita pueda consistir en investigaciones policiales sobre el acusado y su dedicación anterior a la actividad por la que fue condenado, en que los bienes hayan sido adquiridos durante ese periodo de tiempo en que se venía dedicando a la actividad delictiva; que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas que justifiquen el incremento patrimonial, etc. A ello debe añadirse la prueba de los indicios ya citados del art. 127 *bis* CP. Acreditados los datos indiciarios, e interrelacionados, se podrá entender probada la procedencia ilícita del bien y su decomiso aunque no resulte del concreto delito objeto de condena. *Vid.* STS 134/2017, de 2 de marzo (RJ 2017/1102).

37. González Cano («Cooperación judicial…, op. cit., pp. 508-509) sostiene que «no estamos ante una inversión de la carga de la prueba, que sería contraria a la presunción de inocencia (…) no estamos ante un sistema de inversión de carga de la prueba, ya que en puridad el decomiso depende de una presunción legal y de la prueba de un indicio independientemente de que la parte pasiva ostente la carga de la contraprueba respecto a tal indicio, a efectos de evitar que el juez lo tenga por cierto y ello suponga un efecto perjudicial para el sujeto, que no es otro que el decomi-

como los de los arts. 127 *bis* CP so pena de incurrir en un supuesto de prueba legal o tasada[38].

III. Prueba en el decomiso ampliado y presunción de inocencia

En íntima conexión con la naturaleza del decomiso y la prueba de indicios y presunciones, se plantea el ajuste del régimen del decomiso ampliado al derecho a la presunción de inocencia, que se consagra en los arts. 24.2 CE, 6.2 CEDH, 14.2 PIDCP y 11 DUDH, cuyo respeto ha de ser garantizado *ex* art. 3 de la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, disponiendo su art. 6 que la carga de la prueba de la culpabilidad ha de recaer en la acusación, y la duda sobre la culpabilidad ha de beneficiar al sospechoso o acusado.

Ahora bien, al gozar de naturaleza de presunción *iuris tantum,* admite prueba de cargo incriminatoria que la desvirtúe y que sea suficiente para establecer la realidad del hecho y la participación del acusado. A tal efecto, nuestra jurisprudencia admite la prueba indiciaria para sustentar un pronunciamiento condenatorio penal[39].

Descendiendo al ámbito del decomiso ampliado, se plantea si la prueba sobre el origen ilícito de los bienes de procedencia distinta del delito objeto de condena, en base al régimen de indicios establecido, o si la carga de acreditación del origen lícito por el condenado, vienen a suponer la quiebra del derecho a la presunción de inocencia y del principio de culpabilidad; si bien debe anticiparse que la Jurisprudencia avala que la aplicación del decomiso no supone la vulneración de la presunción de inocencia, admitiendo respecto de su probanza una menor exigencia que la precisa para la condena por delito.

---

so de los bienes, rompiendo pues el nexo entre el indicio (catálogo del art 127 bis 2 CP) y el hecho presunto (procedencia ilícita)».

PLANCHADELL GARGALLO y VIDALES RODRIGUEZ («Decomiso: comentario…, op. cit., pp. 66-67) señalan que la utilización de indicios para decretar el decomiso de los bienes implica que sea el afectado por el decomiso quien deba desmontarlos, lo que puede poner en entredicho la presunción de inocencia, en virtud de esta inversión es el acusado quien debe demostrar el origen lícito de los bienes.

DÍAZ CAVIALE [«El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-10, 2016, pp. 42-43. Disponible en el siguiente enlace: http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf (última consulta: 17/09/2018)] considera que como dicha presunción resulta incompatible en nuestro ordenamiento con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

38. NIEVA FENOLL, J., «El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios», *Diario La Ley*, núm. 8601, 2015, p. 8; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO («Aspectos procesales…», op. cit., p. 442) señala que se trata de presunciones normativas dado que de entenderse como presunciones legales serian contradictorias con la presunción de inocencia.

39. STS 990/2016, de 12 de enero de 2017 (RJ 2017/1002); STS 1302/2009, de 9 de diciembre (RJ 2010/191).

El TEDH, en la interpretación de la afectación del decomiso sobre el derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) sostiene que no vulnera el citado derecho admitiendo la inversión de la carga de la prueba[40], ahora bien para la extrapolación de sus argumentos debe considerarse la naturaleza, civil o penal, que se hubiese otorgado al decomiso en el concreto país, pues el TEDH lo ha validado en supuestos en que el derecho interno le confería naturaleza civil[41].

El TC precisa que el canon de control respecto de la fundamentación con que los órganos de la jurisdicción justifican el comiso de bienes no es el del derecho a la presunción de inocencia, puesto que este derecho implica que nadie pueda ser declarado penalmente responsable de un delito sin pruebas de cargo válidas, referidas a los elementos esenciales del delito y valoradas con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, lo que implica que una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión el derecho a la presunción de inocencia. Por ello matiza el TC que en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos para la imposición de una consecuencia accesoria como el comiso habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de modo que si los órganos judiciales, a partir de unos datos probados, con un razonamiento explicitado que no resulte erróneo, ilógico o irrazonable, concluyen que los bienes son de origen ilícito e imponen su comiso, tal decisión motivada excluye la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)[42].

La Sala II del TS sostiene que el decomiso ampliado respeta el derecho a la presunción de inocencia, avalando que, con una convicción lógica y razonable acerca de la procedencia ilegítima, el bien deba ser decomisado, a no ser que el interesado enerve la prueba de presunciones presentando en su descargo pruebas acreditativas de su legitimidad. Con apoyo en doctrina del TEDH[43], cita como argumentos que: a) La presunción de inocencia despliega sus efectos y extiende su ámbito de aplicación en el proceso penal sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado, mientras que el comiso de bienes es una consecuencia accesoria que se adopta una vez destruida aquélla mediante un pronunciamiento penal; b) El comiso en el ordenamiento jurídico español no es solo una consecuencia accesoria de la pena de los procesos criminales, sino también una sanción administrativa susceptible de ser impuesta en los casos de infracciones a la legislación de contrabando, por lo que nada se opondría a su considera-

40. STEDH de 5 de julio de 2001, caso Phillips contra Reino Unido (TEDH 2001/435).

41. *Vid.* GONZÁLEZ CANO, M.ª I., «Cooperación judicial…, op. cit., pp. 509-510.

42. STC 220/2006, de 3 de julio de 2006 (RTC 2006/220).

43. SSTEDH de 7 de octubre de 1988, caso Salabiaku contra Francia (TEDH 1988\20), y 25 de septiembre de 1992, caso Pham Hoang contra Francia (TEDH 1992/60).

ción como una medida sui géneris postdelictual que alcanzase a todo el patrimonio directa o indirectamente perteneciente al condenado, otorgando la oportunidad de demostrar el origen legal de los bienes especialmente cuando sus titulares fueran terceras personas; c) a diferencia de las penas que tienen carácter personalísimo y sólo pueden imponerse al culpable de un hecho delictivo, la aplicación del comiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal, sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias, o de su utilización para fines criminales[44].

El Preámbulo de la LO 1/2015 se apoya en la jurisprudencia para justificar el alcance del decomiso ampliado en base a que no se trata de una sanción penal sino una institución con naturaleza civil que pone fin a la situación patrimonial ilícita, reforzando su argumento con que la normativa de la UE admite la posibilidad de que los tribunales puedan decidir el decomiso ampliado en base a indicios, especialmente la desproporción entre ingresos lícitos y patrimonio, incluso en procedimientos de naturaleza no penal. Sostiene el Preámbulo, con apoyo en la «jurisprudencia constitucional comparada»[45], que la regulación del decomiso ampliado es ajustada a los principios de culpabilidad y presunción de inocencia en función de que «no persigue reprochar al condenado la realización de un hecho ilícito, lo que sería propio de una pena, sino conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo», concretando que ni es una pena ni conlleva declaración de culpabilidad por la actividad delictiva[46].

No obstante, los citados pronunciamientos jurisprudenciales y la interpretación del legislador, la cuestión dista de ser pacífica en la doctrina, en cuanto que parte avala el aquietamiento del decomiso ampliado a la presunción de inocencia[47], mientras

---

44. Vid, por todas, la STS 134/2017, de 2 de marzo (RJ 2017/1102).

45. Advierte Roig Torres («La regulación…», op. cit., p. 229) que la alusión a la jurisprudencia constitucional comparada del Preámbulo viene influida por la doctrina del Auto de 14 de enero de 2004 del TC de Alemania.

46. Alude el Preámbulo a la previsión del art. 127 *bis* 4 CP de que si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad el tribunal deba valorar el alcance del decomiso anterior en el nuevo procedimiento para evitar la quiebra del principio de *non bis in idem*.

47. En este sentido, *vid.* González-Cuéllar Serrano, N., «Aspectos procesales…», op. cit., p. 506; Roig Torres, M., «La regulación…», op. cit., pp. 235-236 y 249-250; Jiménez-Villarejo Fernández, F., «La nueva regulación…», op. cit., p. 113; González Cano («Cooperación judicial…, op. cit., pp. 509 y 511-512) alude a que la procedencia ilícita de los bienes debe responder a la íntima convicción judicial según la prueba de cargo sobre un indicio de ilicitud establecido en presunciones legales, como interpretación más acorde con el principio de presunción de inocencia desde el punto de vista de la carga de la prueba. Recuerda que los indicios no están tasados en la ley (presunciones legales) sino que caben presunciones judiciales, reseñando que la admisibilidad de presunciones legales depende de dos requisitos, el carácter *iuris tantum* de la presunción de procedencia ilícita de manera que la carga probatoria del hecho indiciario recae en la acusación, con la posibilidad de la defensa de desvirtuarlo y que los hechos indiciarios sean claros permitiendo conexiones directas entre el indicio y el hecho presunto de la procedencia ilícita. Por su parte, Neira Pena, Pérez-Cruz Martín («El decomiso sin condena y la constitucionalidad de las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes objeto de decomiso», en Fuentes Soriano, Olga (Coord.), *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 503) sostienen que el hecho de que se trate de indicios

que otro sector la cuestiona[48], habiendo incluso autores que sostienen la vulneración del citado derecho[49]. De lo anterior se desprenden las dificultades interpretativas que plantea la figura del decomiso ampliado, su controvertida naturaleza y conceptualización, y en especial, la adecuación y respeto a los derechos fundamentales y a las garantías procesales de su régimen probatorio y sistema de indicios y presunciones.

---

de carácter orientativo, de que se permita al reo practicar prueba en contrario en un juicio contradictorio y de que se habilite al Tribunal para desvincularse de tales indicios, salva la constitucionalidad abstracta de tales presunciones, sin prejuicio de que, una aplicación automática e irreflexiva de los mismos pueda conducir a soluciones injustas.

48. En este sentido, *vid.* Planchadell Gargallo y Vidales Rodriguez («Decomiso: comentario…, op. cit., pp. 66 y 69-71) señalan que en relación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia aparecen los derechos a guardar silencio y a no autoincriminarse que pueden verse afectados por las presunciones que afectan al decomiso ampliado.

49. En este sentido se pronuncia Díaz Cabiale, J.A., «El decomiso…», op. cit., p. 36; Manzanares Samaniego (*Comentarios al Código Penal (Tras las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*, Ed. Wolters Kluwer España, Las Rozas (Madrid), 2016, p. 503) también parece posicionarse en contra al decir que el derecho de defensa se esfuma ante una confiscación basada en presunciones.

7 | Nueva iniciativa de la Comisión Europea para extender las competencias de la Fiscalía Europea a los delitos de terrorismo transfronterizos: entre el deseo y la realidad de una Europa más segura

Francisco Salvador Gil García
Doctorando en Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Base jurídica. 3. Problemas actuales de la investigación y el enjuiciamiento de delitos transfronterizos de terrorismo. 3.1. Dimensión transfronteriza. 3.2. Deficiencias en el intercambio de información entre autoridades nacionales y agencias de la Unión Europea. 3.3. Obtención y admisibilidad de información confidencial. 3.4. Conflictos de jurisdicción (ne bis in idem). 4. Fiscalía Europea. 5. Conclusión. Bibliografía.

1. Introducción

De todos es sabido que el terrorismo constituye una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales[1], y representa uno de los mayores desafíos del siglo XXI para nuestra sociedad; una sociedad que duerme, esperando en silencio, salir del desconcierto en que la Unión Europea (en adelante, UE) parece combatir la *amenaza* que se sitúa, bajo una nebulosa, que avienta un aire de muerte y que, cuando alcanza a su pueblo, deja un rastro de silencioso tumulto, donde los

1. Así se reconoce por el segundo Considerando de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo [DOUE L nº 88, de 31.3.2017].

ciudadanos mudos e impotentes, sueñan con una Europa íntegra y *segura*, cuyo manto de protección nunca será lo suficientemente extenso como para ofrecer una completa y absoluta seguridad, sin tener que renunciar a nuestros valores[2], a valores que separan, en nuestra sociedad democrática, las sombras de la claridad.

Por ello, desde hace ya algunos años, el mantenimiento del elevado grado de amenaza terrorista[3], unido a su constante y permanente evolución, a través de la aparición de nuevas formas de terrorismo —como la propaganda en línea o la creación de perfiles en redes sociales para el reclutamiento, la radicalización[4] y la recaudación de fondos[5], han provocado que la UE haya adoptado una serie de medidas legislativas en el marco de la Agenda de Seguridad (2015)[6], destinadas a impedir que los terroristas dispongan de espacio y medios, para perpetrar atentados; criminalizar conductas terroristas en todos los

---

2. Sobre los riesgos de una *seguridad sin límites*, que enerve los derechos fundamentales y las garantías procesales de los sospechosos, investigados o acusados, *léase* CARVALHO, Henrique, *The preventive turn in criminal law*, Oxford, 2017; y, VIVES ANTÓN, Tomás, «Garantías constitucionales y terrorismo», en ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, María Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27-34.

3. Acerca del mantenimiento del elevado grado de amenaza terrorista, puede leerse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. Decimocuarto informe de situación hacia una Unión de la Seguridad genuina y efectiva [COM(2018) 211 final, de 17.04.2018] y el Proyecto de Informe sobre las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial sobre Terrorismo [2018/2044(INI), de 21.06.2018].

4. La radicalización, que conduce al extremismo violento y al terrorismo, no es un fenómeno nuevo. Sin embargo, la velocidad y la escala con que, actualmente, este proceso evoluciona sí que resulta alarmante. Por este motivo, las políticas de los Estados miembros y de la propia UE deben evolucionar para adaptarse a la magnitud del problema. A este respecto, cabe destacar que no existe una cuenta oficial de cuántos individuos radicalizados están, actualmente, residiendo en el territorio de los Estados miembros, por lo que ello representa una auténtica amenaza a la seguridad de la UE. Aunque no se disponga de datos oficiales, el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Radicalización (GEAN-R) estima, a través de su Informe Final, publicado el 18 de mayo de 2018, que, aproximadamente, los nombres de veinte mil personas han sido reportados en Francia; en el Reino Unido, los nombres de más de veinte mil personas han aparecido en consultas anteriores de los servicios de inteligencia; y, en Alemania, las autoridades nacionales de seguridad han informado de once mil *salafistas*, que han presentado rasgos de transición hacia un espectro más propenso a la violencia y al terrorismo. Para mayor detenimiento, *vid*. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 67-75; y, 175-198; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Servicios de inteligencia y contraterrorismo», ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, María Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 35-61; y, MENDOZA CALDERÓN, Silvia, «Capítulo III. Medidas contra la radicalización terrorista en la Unión Europea y su persecución penal en España», en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 105-150.

5. Para estudio más detenido sobre las nuevas manifestaciones del terrorismo en Europa, *vid.* el Informe Anual de Análisis y Tendencias del Terrorismo en la UE (TE-SAT) de 2018.

6. Para una mejor comprensión acerca de la citada Agenda, léase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo (ECOSOC) y al Comité de las Regiones: Agenda Europea sobre Seguridad [COM(2015) 185 final, de 28.4.2015], así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo: aplicación de la Agenda Europea sobre Seguridad, para luchar contra el terrorismo y allanar el camino hacia una Unión de la Seguridad genuina y efectiva [COM(2016) 230 final, de 20.4.2016]. A este respecto, véase también el último informe de situación de la Unión de la Seguridad [COM(2018) 470 final de 13.6.2018], así como los informes anteriores, para obtener una visión de conjunto acerca de los progresos realizados en la lucha contra el terrorismo y otras amenazas a la seguridad de la UE.

países miembros de la Unión; mejorar la coordinación y el intercambio de información entre autoridades competentes; combatir la radicalización; así como, reforzar la gestión de las fronteras exteriores.

Con estas medidas se ha logrado reforzar el papel de Eurojust y Europol, como agencias europeas, encargadas de facilitar la cooperación judicial y policial en la UE; en especial, la coordinación y el intercambio de información sobre casos de terrorismo. Aunque se han registrado avances significativos y han existido casos positivos de cooperación transfronteriza, actualmente, la UE continúa careciendo de una auténtica instancia supranacional, que ejerza la acción penal, a nivel europeo, en materia terrorista, y que abarque todas las fases del proceso judicial —la investigación, el ejercicio de la acción penal y la solicitud de apertura de juicio por manifestaciones delictuales transfronterizas, relacionadas con actividades terroristas—. Aunque no todos los Estados miembros han estado, igualmente, expuestos a amenazas terroristas en los últimos años en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE, las deficiencias en las investigaciones y actuaciones judiciales en un Estado miembro determinado han generado algunas lagunas de impunidad, que han afectado a las propias víctimas, o que han supuesto un importante riesgo para los ciudadanos de otro Estado miembro.

2. Base Jurídica

La base jurídica de la presente iniciativa se encuentra en el artículo 86, apartado 4, del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE), según el cual, el Consejo Europeo, teniendo en cuenta el carácter transfronterizo del terrorismo y reconociendo la necesidad de una respuesta europea común frente al mismo, *podrá* adoptar, por unanimidad[7], previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión, una decisión, por la que se modifiquen los apartados 1 y 2 del citado precepto[8] y se amplíen las competencias de la FE a delitos de terrorismo transfronterizos (artículos 83.1 y 86.4, *in fine*, del TFUE). Tras ello, la Comisión Europea presentará la correspondiente *Propuesta de Reglamento, por la que se modifica 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 y se atribuyen competencias a la FE en materia de lucha contra el terrorismo*.

---

7. El concepto «unanimidad» hace referencia no sólo a los Estados miembros que, actualmente, participan en el procedimiento de cooperación reforzada para la creación de la FE, sino también a todos aquellos que integran la UE.

8. Para adaptar el artículo 86 del TFUE, la Comisión ha propuesto: *a)* añadir una breve alusión al terrorismo al principio del párrafo primero del apartado 1; y, *b)* ampliar la referencia del apartado 2 a los «*autores y cómplices de delitos de terrorismo que afecten a más de un Estado miembro*» [Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo. Proyecto de Decisión del Consejo Europeo, por la que se modifica el artículo 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en lo que respecta a las competencias de la Fiscalía Europea (COM(2018) 641 final, de 12.09.2018)].

3. Problemas actuales de la investigación y el enjuiciamiento de delitos de terrorismo transfronterizos

3.1. Dimensión transfronteriza

Actualmente, la incoación de procedimientos penales contra delitos de terrorismo transfronterizos es competencia exclusiva de los Estados miembros, sin que exista ninguna autoridad propia de la Unión en este ámbito. A pesar de que los daños puedan ser significativos, las autoridades policiales y judiciales competentes no siempre investigan y enjuician estos delitos con un enfoque europeo común, que resulte apropiado, debido a los límites con que se encuentran a la hora de ejercer sus competencias y, en consecuencia, ejecutar la legislación nacional. Como consecuencia, los esfuerzos nacionales están, a menudo, fragmentados y la dimensión transfronteriza de estos delitos suele pasar desapercibida para las autoridades nacionales.

Para abordar casos de terrorismo transfronterizo, se requieren investigaciones y procedimientos penales estrechamente coordinados y eficaces a escala europea. Sin embargo, los niveles actuales de intercambio de información y coordinación no son suficientes para lograrlo, pese a que, durante estos últimos años, la UE haya introducido una serie de medidas, destinadas a mejorar la cooperación transfronteriza en materia de delitos de terrorismo. De hecho, Eurojust y Europol facilitan ya la cooperación policial y judicial, de forma multilateral, así como la coordinación y el intercambio de información en casos graves de delincuencia transfronteriza, previa petición de las autoridades nacionales competentes. Incluso, se incrementará el papel de Eurojust, tras la aprobación de un nuevo instrumento[9], que sustituya el anterior marco jurídico, previamente, esbozado.

3.2. Deficiencias en el intercambio de información entre autoridades nacionales y agencias de la Unión Europea

Si bien la UE ha adoptado medidas para mejorar el intercambio estructural de información, especialmente, a través de la creación de sistemas de información más sólidos e inteligentes en materia de seguridad, gestión de las fronteras y migración, persisten importantes retos en los que se refiere al intercambio oportuno de información en determinados casos de investigación o de ejercicio de acciones penales ante órganos jurisdiccionales de carácter nacional.

---

9. El 19 de junio de 2018, el Parlamento Europeo y el Consejo alcanzaron un acuerdo sobre la reforma de Eurojust, el Reglamento (UE) 2018/… del Parlamento Europeo y del Consejo, de …, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la cooperación en el ámbito de la justicia penal (Eurojust), y la sustitución y derogación de la Decisión 2002/187/JAI del Consejo (Documento 12190/18, de 17.9.2018), cuya entrada en vigor está prevista para el próximo año.

En relación con el intercambio de información en casos de terrorismo, Eurojust ha puesto de manifiesto, en su Informe Anual de 2017, sobre los combatientes terroristas extranjeros[10], publicado recientemente, la necesidad de un enfoque común, coordinado y armonizado, en cuanto a la información compartida entre autoridades judiciales competentes. En consecuencia, se puede afirmar que continúan existiendo diferencias en el volumen, el tipo y la extensión de la información compartida con Eurojust, por cada Estado miembro de la Unión. Ésta es una de las importantes razones, por las que los controles cruzados de información entre autoridades judiciales nacionales, para el ejercicio de una acción penal contra los presuntos responsables de la comisión de actos terroristas, se configuró como una de las principales cuestiones a abordar en la reunión sobre la lucha contra el terrorismo, organizada por Eurojust en junio de 2018[11]. Debido a este insuficiente intercambio de información, la capacidad de Eurojust para detectar los vínculos existentes con las investigaciones y actuaciones judiciales, en curso, sigue viéndose obstaculizada.

3.3. Obtención y admisibilidad de información confidencial

El modo en que se obtenga la información, por parte de los servicios de inteligencia, tanto nacionales, como extranjeros, es clave, para garantizar que dicha información sea admitida, como prueba, en un proceso penal[12]. Ello es, especialmente, relevante en casos de terrorismo transfronterizo, donde el enjuicia-

---

10. *Cfr*. Fourth Eurojust Report. Foreign Terrorist Fighters: Eurojust´s View on the Phenomenon and the Criminal Justice Response published on April 19, 2017.

11. Los días 20 y 21 de junio de 2018 tuvo lugar, en La Haya, el Seminario Anual sobre la lucha contra el terrorismo, organizado por Eurojust. Este año participaron en él, el Sr. François Molins (Fiscal Jefe del Tribunal de París), el Sr. Frédéric Van Leeuw (Fiscal Federal de Bélgica) y la Sra. Joëlle Milquet (Asesora Especial del Presidente de la Comisión Europea, sobre el apoyo a las víctimas de los ataques terroristas). La conferencia se centró en dos temas: la respuesta judicial a las personas que regresan a Europa, desde las zonas de combate en Iraq y Siria, y el apoyo a las víctimas de los ataques terroristas. Al margen de la conferencia, se elaboró una *Declaración conjunta de los Ministros de Justicia de Francia, Alemania, España y Bélgica, a favor de la creación de un* «registro *judicial antiterrorista europeo» en Eurojust*. En ella, se afirmaba que la lucha contra el terrorismo requiere una cooperación constante entre las autoridades judiciales de los diferentes Estados miembros de la UE. A este respecto, cabe señalar que Eurojust se erige en la agencia europea más idónea, para recabar toda esta información de carácter judicial, habida cuenta de que su principal misión es favorecer la cooperación en materia judicial y la coordinación de las investigaciones, llevadas a cabo entre autoridades nacionales competentes de diferentes Estados miembros. Para ello, Eurojust, podrá aprovechar las sinergias establecidas con el Centro Europeo de Lucha contra el Terrorismo (ECTC), adscrito a Europol (*cfr*. MARICA, Andreea, *Europol. Centro Europeo de Lucha contra el Terrorismo (ECTC)*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 109-236). A este respecto, cabe destacar que la transmisión a Eurojust de la información recabada en materia terrorista ya figuraba en la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo [DOUE nº L 253, de 29.9.2005].

12. Para un examen más exhaustivo de esta cuestión, *vid*. Bachmaier Winter, Lorena, «Capítulo 2. Información de inteligencia y proceso penal», en Bachmaier Winter, Lorena (coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 45-101; Jimeno Bulnes, Mar, «The use of intelligence information in criminal procedure. A challenge to defence rights in the European and the Spanish panorama», *New Journal of European Criminal Law*, 2017, pp. 171-203; y, Vervaele, John, «Uso de información de inteligencia en el proceso penal», en Moreno Catena, Víctor y Arnáiz Serrano, Amaya (dirs.), *El Estado de Derecho a prueba: seguridad, libertad y terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 27-62.

miento se fundamenta en pruebas circunstanciales[13] (como la vigilancia, las declaraciones de testigos, la interceptación de comunicaciones, etc.) y las autoridades policiales y judiciales competentes se enfrentan a innumerables obstáculos, a la hora de mantener relaciones de asistencia mutua en países (como Irak o Siria), desde los que actúan los líderes de organizaciones terroristas[14].

3.4. Conflictos de jurisdicción (*ne bis in idem*)

A medida que el terrorismo ha ido adquiriendo una dimensión internacional, basada en la descentralización y el fundamentalismo religioso, la protección de los individuos frente al ejercicio del poder punitivo de dos o más Estados miembros sobre un mismo hecho se ido reduciendo, hasta llegar a crear conflictos de jurisdicción entre dos o más Estados miembros (artículos 50 de la CDFUE, 4 del Protocolo nº 7 del CEDH y 54 del CAAS)[15]. Este deterioro de la protección, unido a la idea de «*soberanía punitiva*»[16], que caracteriza a todo ordenamiento jurídico,

---

13. En general, los Estados miembros de la UE, que regulan la admisibilidad de esta clase de información en procesos penales, subordinan su uso probatorio a la existencia de otra u otras evidencias, que permitan corroborar la veracidad de la información recopilada. Incluso, los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros han establecido requisitos adicionales, tales como: *i)* la obtención de una autorización previa del propietario de la información, que posibilite su utilización en el proceso judicial; *ii)* la realización de un control de legalidad y proporcionalidad *ex post* (con especial atención a los medios y métodos utilizados para su obtención); *iii)* la elaboración de un análisis de los riesgos a los que se podría(n) enfrentar la(s) fuente(s) o el(los) proveedor(es) de la información facilitada, si los presuntos responsables llegasen a conocer su(s) identidad(es); o, *iv)* la valoración de las posibilidades reales, que existen, de que la autoridad competente pueda llamar al(a los) proveedor(es), para que testifiquen en el acto del juicio contra los presuntos responsables de la organización terrorista (artículo 6.3 CEDH).

14. En este sentido, los informes del Observatorio de Terrorismo de Eurojust (publicados el 28.5.2018, pp. 16-18, el 27.3.2017, p. 32 y el 25.6.2016, pp. 29-31) revelan la existencia de problemas en torno a la recogida, el intercambio y el uso de información de inteligencia en el proceso penal. Por este motivo, los servicios de inteligencia no suelen compartir información, para proteger sus fuentes y garantizar el anonimato de los informadores o la protección de los métodos, a través de los cuales aquélla se obtuvo.

15. Con relación a los conflictos de jurisdicción y el principio de *ne bis in idem* en el espacio judicial europeo, *vid*. Thorhauer, Nathalie Isabelle, «Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the area of freedom, security, and justice: risks and opportunities from an individual rights-oriented perspective», *New Journal European Criminal Law*, Issue 6, March, 2015, pp. 78-101; Kaiafa-Gbandi, Maria, «Jurisdictional Conflicts in Criminal Matters and Their Settlement Within EU's Supranational Settings», *European Criminal Law Review*, Issue 1, 2017, pp. 30-45; Hernández López, Alejandro, «Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción penal: marco normativo en la UE y perspectivas de futuro», 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. 461-491; Sitbon, Eric, «8. Ancillary Crimes and Ne Bis in Idem», en Geelhoed, Willem, Erkelens, Leendert Hendrik y Meij, Arjen (edits.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Springer, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2018, pp. 129-140; y, Vervaele, John, «Investigaciones en los delitos económicos y financieros: cuestiones jurisdiccionales y protección del principio de "ne bis in idem"», en Demetrio Crespo, Eduardo y Nieto Martín, Adán (dirs.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 157-189.

16. *Cfr*. Paluesu, Pier Paolo, «Chapter 10. *Ne bis in idem* and Conflicts of Jurisdiction», en Kostoris, Roberto (edit.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, The Hague, 2018, pp. 393-421.

debe llegar ahora a un acuerdo con la globalización de los mercados, la supresión de las fronteras y la libre circulación de personas en el espacio Schengen[17].

Estos factores incrementan significativamente la posibilidad de iniciar varios procedimientos penales sobre el mismo hecho y contra la misma persona ante órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros, lo que impide identificar, con facilidad, la ley del lugar donde se cometió el hecho delictivo (*loci delicti commissi*). En este sentido, la existencia de una pluralidad de procesos penales abiertos en diferentes Estados miembros puede generar importantes retrasos, derivados de la transmisión de aquellos elementos de prueba, que resulten necesarios para la resolución del procedimiento judicial, y que se hallen en el territorio de otro Estado miembro.

Esta situación parece ser capaz de empañar la nitidez con que se ha de concretar la propia determinación delictiva[18], cuando la evidencia, más importante, se halla en el territorio de otro Estado miembro, cuyo ordenamiento jurídico establece un estándar de admisibilidad o un nivel de protección de los derechos fundamentales y garantías procesales del acusado inferior, al que resulta exigible, por el Estado miembro interesado[19].

A todo ello, se suman los problemas que, desde el punto de vista de la participación efectiva del acusado, plantea la apertura de múltiples procedimientos judiciales en diferentes países miembros, habida cuenta de que esta circunstancia puede incentivar la celebración de juicios *in absentia*[20].

---

17. El espacio Schengen es uno de los mayores logros de la UE, ya que aporta beneficios económicos y sociales únicos, por tratarse de un espacio sin fronteras interiores [COM(2016) 602 final, de 14.9.2016 y COM(2016) 120 final, de 4.3.2016]. Sin embargo, las presiones derivadas de las crisis migratorias, unidas al incremento de atentados terroristas en suelo europeo, han puesto de manifiesto la necesidad de un nuevo enfoque [COM(2018) 212 final, de 17.4.2018], basado en el desarrollo de sistemas de información inteligentes, que permitan abordar las deficiencias y lagunas de la arquitectura e interoperabilidad de los sistemas de datos actuales y aprovechar el potencial de estos sistemas en la lucha contra la delincuencia transfronteriza grave y el terrorismo [*cfr*. COM(2015) 670 final, de 15.9.2015; COM(2016) 205 final, de 6.4.2016; y, DOUE nº L 119, de 4.5.2016]. En este sentido, la Agenda Europea sobre Seguridad [COM(2015) 185 final, de 28.4.2015] y la Agenda Europea sobre Migración [COM(2015) 240 final, de 13.5.2015 y COM(2016) 385 final, de 7.6.2016] han mostrado que una cooperación más estrecha no solo permite reaccionar ante las crisis, sino también aprovechar mejor las oportunidades que, en esta materia, proporciona el acervo común de experiencia y conocimientos especializados de los servicios de inteligencia.

18. A este respecto, *vid.* Lelieur, Juliette, «"Transnationalising" *Ne Bis In Idem*: How the Rule of *Ne Bis In Idem* Reveals the Principle of Personal Legal Certainty», *Utrecht Law Review*, Issue 9, 2013, pp. 198-210.

19. Sobre la tutela multinivel en el espacio de libertad, seguridad y justicia dentro de la Unión y su relación con el principio *ne bis in idem*, *vid*. Vervaele, John., «Multilevel and multiple punishment in Europe. The ne bis in idem principle and the protection of human Rights in Europe´s area of freedom, security and justice», en Van Hoek, Aukje., Hol, Antoine, Jansen, Oswald, Rijpkema, Peter y Widdershoven, Rob (edits.), *Multilevel governance in enforcement and adjudication*, Intersentia, Antwerpen, 2006, pp. 1-24; y, Rafaraci, Tommaso, «Procedural safeguards and the principle of ne bis in idem in the European Union», en Bassiouni, Cherif, Militello, Vicenzo y Satzger, Helmut (edits.), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Cedam, Padova, 2008, pp. 363-401.

20. Con relación a la celebración de juicios *in absentia*, *vid.* Böse, Martin, «Harmonizing procedural Rights indirectly: the framework decisión on trials in Absentia», *North Carolina Journal of International Law*, 2011, pp. 489-510;

Por último, conviene recordar el coste que, en términos económicos, deberán asumir las partes, durante todo el proceso, a fin de satisfacer sus peticiones.

4. Fiscalía Europea

A fin de afrontar todos estos problemas, la UE ha realizado, a lo largo de estos últimos años, importantes esfuerzos, en orden a la progresiva construcción de redes, estructuras y organismos supranacionales comunes a todos los Estados miembros[21], que fomenten la transición hacia una coordinación horizontal más efectiva[22]. Pese a ello, los esfuerzos realizados continúan sin ser suficientes, dado que ninguna de las agencias europeas existentes (OLAF, Eurojust o Europol) puede asumir las competencias necesarias, para combatir la delincuencia grave transnacional, y resolver, en lógica consecuencia, las deficiencias existentes en esta materia. Por este motivo, la Comisión ha invitado al Consejo Europeo, a que, previa consulta al Parlamento Europeo, adopte una iniciativa, que permita extender las competencias de la FE, previstas en 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)[23], a los delitos de terrorismo, que afecten a dos o más Estados miembros[24].

RAFARACI, Tommaso, «The right of defence in EU judicial cooperation in criminal matters», in RUGGERI, Stefano (edit.), *Transnational inquiries and the protection of fundamental Rights in criminal proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 331-343; y, RUGGERI, Stefano, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Springer, The Hague, 2017, pp. 300-302 y 368-374.

21. Respecto a los importantes esfuerzos de la Unión, para alcanzar una cooperación más fluida, dinámica y eficaz entre agencias europeas, *léase* LUCHTMAN, Michiel y VERVAELE, John, «European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor´s Office)», *Utrecht Law Review*, núm. 5, 2014, pp. 132-150.

22. Para una visión más general de la cooperación vertical, léase DE AMICIS, Gaetano y KOSTORIS, Roberto, «Chapter 5. Vertical Cooperation», en KOSTORIS, Roberto (edit.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, The Hague, 2018, pp. 201-203; y, GLESS, Sabine y WAHL, Thomas, «19. A Comparison of the Evolution and Pace of Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters: A Race Between Europol and Eurojust?», en BRIÉRE, Chloé y WEYEMBERGH, Anne (edits.), *The needed balances in EU Criminal Law*, Oxford-Portland, 2018, pp. 339-354.

23. Para un estudio detallado sobre las competencias de la fe, *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; VERVAELE, John, «22. The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex uncerta and unpraevia?», en BRIÉRE, Chloé y WEYEMBERGH, Anne (edits.), *The needed balances in EU Criminal Law*, Oxford-Portland, 2018, pp. 413-431; 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.

24. Entre las cuestiones que deben tomarse en consideración para su modificación, se encuentran la definición de sus competencias materiales (por remisión a una disposición dinámica, la Directiva (UE) 2017/541, la cual comprende los «*delitos de terrorismo*», los «*delitos relacionados con un grupo terrorista*», así como los «*delitos relacionados con actividades terroristas*», como la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, la captación, el adiestramiento y la recepción de adiestramiento para el terrorismo, el viaje con fines terroristas, la organización o facilitación de dicho viaje y la financiación del terrorismo. No solo se incluye la comisión de estos delitos, sino también la complicidad, la inducción y la tentativa), territoriales y personales, los principios que han de regir su actuación, las

En concreto, este nuevo organismo de la UE funcionará como una única fiscalía con una estructura institucional, dividida en dos niveles: uno central y otro descentralizado (artículo 8.2). El primero de los niveles estará representado por la Oficina Central, con sede en Luxemburgo (artículo 8.3), que estará formada, a su vez, por el Colegio (*College*) —órgano normativo y de supervisión, sin responsabilidad operativa, que ayudará a mantener el contacto, de forma permanente, con el nivel central (Fiscal Jefe) con los Fiscales Europeos Delegados (en adelante, FED) (artículo 9)—, las Cámaras o Salas Permanentes (*Permanent Chambers*) —que establecerá el propio Colegio y que serán las responsables de supervisar las investigaciones, coordinar el ejercicio de las acciones penales y solicitar la apertura de juicio ante las autoridades nacionales competentes del enjuiciamiento en casos transfronterizos, lo que garantizará una política criminal coherente en toda Europa, así como un seguimiento eficaz y específico de los asuntos—, el Fiscal General o Fiscal Jefe Europeo (*European Chief Prosecutor*), sus Adjuntos (*Deputies*) (artículo 11), los Fiscales Europeos (*European Prosecutors*) (artículo 12) y el Director Administrativo o Director Gerente (*Administrative Director*) (artículos 18 y 19). El segundo de ellos estará formado por los FED (*European Delegated Prosecutors*), que ejercerán sus competencias, desde las respectivas fiscalías nacionales (Considerando 21, *in fine*, y artículos 8.4 y 13)[25].

Cuando más de un Estado miembro tenga jurisdicción sobre el caso, la Cámara Permanente decidirá, como regla general, incoar el procedimiento penal en el Estado miembro del FED encargado de la investigación, a menos que existan motivos suficientemente justificados, como para llevar el caso a enjuiciamiento en otro Estado miembro diferente (artículo 26.4 y 5). Esta excepción, unida a otros criterios objetivos, reducirá las posibilidades de que se produzcan conflictos de jurisdicción, evitará litigios innecesarios y proporcionará un mecanismo eficaz para su resolución, en caso de que persistan. No obstante, antes de tomar la decisión de solicitar la apertura de juicio, la Cámara Permanente competente, a propuesta del FED encargado del asunto, podrá decidir acumular varios casos, cuando varios FED hayan dirigido investigaciones contra la misma(s) persona(s), con vistas a ejercitar la acusación ante un único Estado miembro, con arreglo a su legislación nacional. A este respecto, el FED podrá proponer, a

---

condiciones para el ejercicio de sus competencias, sus funciones, sus facultades de investigación, entre otras. Asimismo, la ampliación de las competencias de la Fiscalía Europea a los delitos de terrorismo también repercutiría en su volumen de trabajo, su relación con otras autoridades nacionales o de la Unión, su presupuesto, su personal o su seguridad. Estas implicaciones se evaluarán sobre la base de información más detallada, que deberá presentarse en la ficha financiera legislativa que acompañará a la futura propuesta legislativa.

25. *Cfr*. Giuffrida, Fabio, «The European Public Prosecutor´s Office: King without kingdom?», *CEPS Research Report*, núm. 3, Brussels, 2017, pp. 30-32; Jähnke, Burkhard y Schramm, Edward, *Europäisches Strafrecht*, Walter de Gruyer GmbH, Berlin, 2017, pp. 485-491; Ambos, Kai, *European Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 2018, pp. 560-616; y, Venegoni, Andrea, *La protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Key, Vicalvi (FR), 2018, pp. 94-98.

dicha Sala, la posibilidad de presentar un recurso. Dado que no existe un procedimiento penal europeo común, la ley procesal aplicable será la del tribunal del Estado miembro competente —*lex fori*—[26]. De este modo, la norma procesal nacional del foro se convertirá, finalmente, en la sustituta del inexistente marco procesal europeo en materia penal. A este respecto, cabe señalar que el aislado artículo sobre las pruebas no modifica la situación, ya que se trata de una mera disposición sobre la admisibilidad de las pruebas. En esencia, ello confirma la regla de la *lex fori*, ya que deja, a la autoridad nacional competente, evaluar, libremente, las pruebas, de acuerdo con su legislación nacional, siempre que no sean inadmitidas, «*por el mero hecho de que hayan sido obtenidas en otro Estado miembro o de conformidad con el Derecho de otro Estado miembro*»[27].

En este punto, el órgano jurisdiccional competente sólo deberá asegurarse de que la admisión no sea incompatible con un juicio justo en sentido amplio. En este sentido, el derecho de todo acusado a un juicio justo se ve ratificado, en la fase procesal del enjuiciamiento, no sólo por una disposición integral de derechos que realiza una remisión genérica a la CDFUE (artículo 41.1) y a los derechos fundamentales y garantías procesales disponibles, en virtud de la ley nacional (artículo 41.3), sino también por el intento de la UE de establecer, en base a una serie de Directivas, un *estándar mínimo de protección de los sospechosos o acusados en procesos penales* (artículo 41.2)[28].

---

26. A propósito de la elección de la ley aplicable en los procesos de la Fiscalía Europea, *vid*. Luchtman, Michiel, «10. Forum Choice and Judicial Review Under the EPPO´s Legislative Framework», en Geelhoed, Willem, Erkelens, Leendert Hendrik y Meij, Arjen (edits.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Springer, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2018, pp. 155-170; 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. 97-123.

27. Sobre la admisibilidad de la prueba penal transfronteriza, *vid.* Allegrezza, Silvia y Mosna, Anna, «Capítulo 7. Admisibilidad de la prueba transnacional en los procedimientos de la Fiscalía Europea», en Bachmaier Winter, Lorena (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 173-193; Bachmaier Winter, Lorena, «Capítulo 6. Las investigaciones transfronterizas en el marco del proceso de la Fiscalía Europea», en Bachmaier Winter, Lorena (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 145-172; Csúri, András, «9. Towards an Inconsistent European Regime of Cross-Border Evidence: The EPPO and the European Investigation Order», en Geelhoed, Willem, Erkelens, Leendert Hendrik y Meij, Arjen (Edits.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Springer, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2018, pp. 141-153; Daniele, Marcello y Calvanese, Ersilia, «Chapter 9. Evidence Gathering», en Kostoris, Roberto (edit.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, The Hague, 2018, pp. 354-390; Martínez García, Elena, «La orden europea de investigación», en González Cano, María Isabel (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 403-435; y, Romero Pradas, María Isabel, «La prueba penal en Europa, una cuestión compleja: La orden europea de investigación como nuevo instrumento de obtención de pruebas en procesos penales transnacionales y su próxima incorporación al Derecho español», en González Cano, María Isabel (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 343-402.

28. Sobre la conveniencia de establecer un *estándar mínimo de protección para los sospechosos o acusados* en procesos penales, incoados dentro del territorio de la UE, *vid*. Arangüena Fanego, Coral, «La elaboración de un estatus procesal de investigado/acusado en la Unión Europea. Balance del plan de trabajo del Consejo ocho años después», 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. 21-51; De Hoyos Sancho,

Por último, aunque no por ello menos importante, el Reglamento expone la relación de la FE con otras instituciones existentes en el ámbito de la cooperación vertical. Por lo que se refiere a Eurojust, la redacción del apartado primero del artículo 86 del TFUE parece indicar que la FE incorporará a Eurojust a su organización, al menos, a largo plazo (artículo 110.4). El hecho de que la primera «*confíe en el apoyo y los recursos*» de la segunda permitirá que Eurojust desempeñe un importante papel, como institución de cooperación horizontal (artículo 85) y la FE quede diseñada, como agencia de investigación vertical (artículo 86).

De acuerdo con el RFE, ambas instituciones guardarán «*una estrecha relación basada en la cooperación mutua dentro de sus respectivos mandatos*» (artículo 100.1), y la FE podrá vincular, a Eurojust, a sus actividades operativas (artículo 100.2). Todo ello allanará el camino hacia la coexistencia de ambas instituciones.

En lo que respecta a Europol, la solución obvia que se sugiere es que la FE controle, desde una perspectiva operativa o funcional, los procedimientos, tomando cierta antelación a cualquier actuación que pueda realizar Europol. Esta regulación se encontraría en perfecta armonía con el modelo europeo continental de una dirección procesal de la policía. Por supuesto, el problema de esta solución es que la FE está diseñada para tener sólo autoridad sectorial, es decir, con respecto a los intereses financieros de la UE, lo que le priva de ir más allá de esta autoridad e interferir en cualquier otra materia, que pueda circunscribirse al ámbito competencial de Europol, habida cuenta de que la referida institución posee un ámbito de actuación bastante más amplio que el previsto en el nuevo Reglamento para la FE. Aunque el RFE pospone materializar la «*relación*» entre Europol y la FE en un futuro acuerdo (artículo 102.1), sí reconoce ya cierto apoyo analítico, que Europol pueda recibir de la FE en la lucha contra delitos graves transfronterizos (artículos 102.2, *in fine,* y 86.4 del TFUE).

Montserrat, «Garantías procesales de las personas jurídicas investigadas y acusadas: armonización en el ámbito de la Unión Europea y situación actual en España», 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. 53-83; Gil García, Francisco Salvador, «Capítulo IX. 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», en González Cano, María Isabel (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 315-339; Illuminati, Giulio, «Capítulo 10. La protección de los derechos fundamentales de los sospechosos y acusados en los procedimientos transfronterizos de la Fiscalía Europea», en Bachmaier Winter, Lorena (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 229-253; Kostoris, Roberto, «Orden europea de investigación y derechos fundamentales», 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. 321-336; y, Mitsilegas, Valsamis y Giuffrida, Fabio, «6. The European Public Prosecutor´s Office and Human Rights», en Geelhoed, Willem, Erkelens, Leendert Hendrik y Meij, Arjen (edits.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Springer, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2018, pp. 59-98.

Todo ello aportará una dimensión europea a los esfuerzos actuales, para combatir el terrorismo, y ofrecerá una respuesta a las deficiencias actuales, a través del cumplimiento de los estándares mínimos de admisibilidad de las pruebas obtenidas en otro Estado miembro, la persecución de delitos conexos, el empleo de nuevos mecanismos, para evitar los conflictos de jurisdicción, antes de solicitar la apertura de juicio, el intercambio de información entre los FED y las autoridades nacionales competentes, así como la cooperación con otros actores de la UE, como puedan ser Eurojust, Europol, terceros países u organizaciones internacionales.

5. Conclusión

En conclusión, el terrorismo sigue siendo uno de los mayores desafíos del siglo XXI para las sociedades democráticas. Por esta razón, resulta necesario que la UE cuente con nuevas instituciones, instrumentos jurídicos y políticas públicas, destinados a proteger a todas las personas que residan dentro de sus fronteras. A este respecto, no cabe duda que la proyección actual, que ostenta la amenaza terrorista, evoluciona con gran celeridad, por lo que urge contribuir a la construcción de una Europa más segura, a través de un Derecho penal más coherente y armonizado en toda la UE, que permita reprimir aquellas conductas, que lesionen bienes jurídicos de alto valor, como puedan ser la vida o la integridad física; un Derecho procesal-penal, que transite del paradigma clásico de la cooperación judicial penal a un sistema procesal armonizado, que contribuya a crear un ambiente de confianza recíproca y, que favorezca la investigación y el enjuiciamiento de aquellas actividades delictivas que posean una dimensión transnacional; y, una política criminal europea, basada en la prevención, la protección, la persecución y la respuesta institucional.

Bibliografía

ALLEGREZZA, Silvia y MOSNA, Anna, «Capítulo 7. Admisibilidad de la prueba transnacional en los procedimientos de la Fiscalía Europea», en BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 173-193.

AMBOS, Kai, *European Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge (United Kingdom), 2018, pp. 560-616.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, «La elaboración de un estatus procesal de investigado/acusado en la Unión Europea. Balance del plan de trabajo del Consejo ocho años después», 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. 21-51.

Bachmaier Winter, Lorena, «Capítulo 2. Información de inteligencia y proceso penal», en Bachmaier Winter, Lorena (coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 45-101.

Bachmaier Winter, Lorena, «Capítulo 6. Las investigaciones transfronterizas en el marco del proceso de la Fiscalía Europea», en Bachmaier Winter, Lorena (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 145-172.

Böse, Martin, «Harmonizing procedural Rights indirectly: the framework decisión on trials in Absentia», *North Carolina Journal of International Law*, 2011, pp. 489-510.

Carvalho, Henrique, *The preventive turn in criminal law*, Oxford, 2017.

Csúri, András, «9. Towards an Inconsistent European Regime of Cross-Border Evidence: The EPPO and the European Investigation Order», en Geelhoed, Willem, Erkelens, Leendert Hendrik y Meij, Arjen (Edits.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Springer, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2018, pp. 141-153.

Daniele, Marcello y Calvanese, Ersilia, «Chapter 9. Evidence Gathering», en Kostoris, Roberto (edit.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, The Hague, 2018, pp. 354-390.

De Amicis, Gaetano y Kostoris, Roberto, «Chapter 5. Vertical Cooperation», en Kostoris, Roberto (edit.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, The Hague, 2018, pp. 201-203.

De Hoyos Sancho, Montserrat, «Garantías procesales de las personas jurídicas investigadas y acusadas: armonización en el ámbito de la Unión Europea y situación actual en España», 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. 53-83.

Gil García, Francisco Salvador, «Capítulo IX. 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», en González Cano, María Isabel (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 315-339.

Giuffrida, Fabio, «The European Public Prosecutor´s Office: King without kingdom?», *CEPS Research Report*, núm. 3, Brussels, 2017, pp. 30-32; Jähnke, Burkhard y Schramm, Edward, *Europäisches Strafrecht*, Walter de Gruyer GmbH, Berlin, 2017, pp. 485-491.

Gless, Sabine y Wahl, Thomas, «19. A Comparison of the Evolution and Pace of Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters: A Race Between Europol and Eurojust?», en Briére, Chloé y Weyembergh, Anne (edits.), *The needed balances in EU Criminal Law*, Oxford-Portland, 2018, pp. 339-354.

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.

González Cussac, José Luis, «Servicios de inteligencia y contraterrorismo», Alonso Rimo, Alberto, Cuerda Arnau, María Luisa y Fernández Hernández, Antonio (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 35-61.

Hernández López, Alejandro, «Garantías procesales en la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción penal: marco normativo en la UE y perspectivas de futuro», 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. 461-491.

ILLUMINATI, Giulio, «Capítulo 10. La protección de los derechos fundamentales de los sospechosos y acusados en los procedimientos transfronterizos de la Fiscalía Europea», en BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 229-253.

JIMENO BULNES, Mar, «The use of intelligence information in criminal procedure. A challenge to defence rights in the European and the Spanish panorama», *New Journal of European Criminal Law*, 2017, pp. 171-203.

KAIAFA-GBANDI, Maria, «Jurisdictional Conflicts in Criminal Matters and Their Settlement Within EU's Supranational Settings», *European Criminal Law Review*, Issue 1, 2017, pp. 30-45.

KOSTORIS, Roberto, «Orden europea de investigación y derechos fundamentales», 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. 321-336.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Terrorismo transnacional», en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 483 y ss.

LELIEUR, Juliette, «"Transnationalising" *Ne Bis In Idem*: How the Rule of *Ne Bis In Idem* Reveals the Principle of Personal Legal Certainty», *Utrecht Law Review*, Issue 9, 2013, pp. 198-210.

LUCHTMAN, Michiel y VERVAELE, John, «European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor´s Office)», *Utrecht Law Review*, núm. 5, 2014, pp. 132-150.

LUCHTMAN, Michiel, «10. Forum Choice and Judicial Review Under the EPPO´s Legislative Framework», en GEELHOED, Willem, ERKELENS, Leendert Hendrik y MEIJ, Arjen (edits.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Springer, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2018, pp. 155-170.

MARICA, Andreea, *Europol. Centro Europeo de Lucha contra el Terrorismo (ECTC)*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 109-236.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, «La orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO, María Isabel (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 403-435.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia, «Capítulo III. Medidas contra la radicalización terrorista en la Unión Europea y su persecución penal en España», en PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 105-150.

MITSILEGAS, Valsamis y GIUFFRIDA, Fabio, «6. The European Public Prosecutor´s Office and Human Rights», en GEELHOED, Willem, ERKELENS, Leendert Hendrik y MEIJ, Arjen (edits.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Springer, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2018, pp. 59-98.

PALUESU, Pier Paolo, «Chapter 10. *Ne bis in idem* and Conflicts of Jurisdiction», en KOSTORIS, Roberto (edit.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, The Hague, 2018, pp. 393-421.

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. 97-123.

Pérez Cepeda, Ana Isabel, *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 67-75; y, 175-198.

Rafaraci, Tommaso, «Procedural safeguards and the principle of ne bis in idem in the European Union», en Bassiouni, Cherif, Militello, Vicenzo y Satzger, Helmut (edits.), *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, Cedam, Padova, 2008, pp. 363-401.

Rafaraci, Tommaso, «The right of defence in EU judicial cooperation in criminal matters», in Ruggeri, Stefano (edit.), *Transnational inquiries and the protection of fundamental Rights in criminal proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Heidelberg, 2013, pp. 331-343.

Romero Pradas, María Isabel, «La prueba penal en Europa, una cuestión compleja: La orden europea de investigación como nuevo instrumento de obtención de pruebas en procesos penales transnacionales y su próxima incorporación al Derecho español», en González Cano, María Isabel (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 343-402.

Ruggeri, Stefano, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Springer, The Hague, 2017, pp. 300-302 y 368-374.

Sitbon, Eric, «8. Ancillary Crimes and Ne Bis in Idem», en Geelhoed, Willem, Erkelens, Leendert Hendrik y Meij, Arjen (edits.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Springer, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2018, pp. 129-140.

Thorhauer, Nathalie Isabelle, «Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the area of freedom, security, and justice: risks and opportunities from an individual rights-oriented perspective», *New Journal European Criminal Law*, Issue 6, March, 2015, pp. 78-101.

Venegoni, Andrea, *La protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Key, Vicalvi (FR), 2018, pp. 94-98.

Vervaele, John, «22. The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex uncerta and unpraevia?», en Briére, Chloé y Weyembergh, Anne (edits.), *The needed balances in EU Criminal Law*, Oxford-Portland, 2018, pp. 413-431.

Vervaele, John, «Investigaciones en los delitos económicos y financieros: cuestiones jurisdiccionales y protección del principio de "ne bis in idem"», en Demetrio Crespo, Eduardo y Nieto Martín, Adán (dirs.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 157-189.

Vervaele, John, «Uso de información de inteligencia en el proceso penal», en Moreno Catena, Víctor y Arnáiz Serrano, Amaya (dirs.), *El Estado de Derecho a prueba: seguridad, libertad y terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 27-62.

Vervaele, John, «Multilevel and multiple punishment in Europe. The ne bis in idem principle and the protection of human Rights in Europe´s area of freedom, security and justice», en Van Hoek, Aukje, Hol, Antoine, Jansen, Oswald, Rijpkema, Peter y Widdershoven, Rob (edits.), *Multilevel governance in enforcement and adjudication*, Intersentia, Antwerpen, 2006, pp. 1-24.

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.

VIVES ANTÓN, Tomás, «Garantías constitucionales y terrorismo», en ALONSO RIMO, Alberto, CUERDA ARNAU, María Luisa y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27-34.

8 | Una nueva iniciativa europea para el acceso transfronterizo a pruebas penales electrónicas: las órdenes europeas de entrega y conservación

Luis Gómez Amigo[1]
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Almería

SUMARIO: 1. Planteamiento; 2. Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas: concepto, finalidad y ámbito de aplicación; 3. Autoridades emisoras, condiciones de emisión y certificados de las órdenes europeas de entrega y conservación; 4. Cumplimiento y ejecución; 5. Procedimiento de reexamen y recursos.

1. Planteamiento

Con la promulgación de la Directiva 2014/41/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (en adelante, OEI), se produce un importante avance en materia de obtención de prueba penal transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea. En cuanto al ordenamiento español, la incorporación de la OEI se realiza en virtud de la reforma de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (en adelante, LRM), operada por la Ley 3/2018, de 11 de junio, que introduce la OEI como nuevo instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal en el Título X de la LRM (arts. 186-223), en sustitución del exhorto europeo de obtención de pruebas.

1. Estudio realizado en el Marco del Proyecto de Investigación, *Asignaturas pendientes del sistema procesal español* (DER2017-83125-P), Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (Gobierno de España); cofinanciado con FEDER.

La OEI viene a sustituir, en las relaciones entre los Estados miembros a los que les es aplicable[2], al sistema anterior de obtención de prueba penal transfronteriza[3], de carácter disperso y fragmentario, que incluía tanto instrumentos de asistencia judicial (Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959, Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 y Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000) como de reconocimiento mutuo (Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas; y Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal)[4].

Como hemos señalado, la OEI supone un destacado avance frente a los anteriores instrumentos de reconocimiento mutuo, ya que el exhorto europeo de obtención de pruebas (Decisión Marco 2008/9789/JAI) sólo permitía la entrega de pruebas ya existentes, pero no su obtención; mientras que las resoluciones de embargo preventivo con el fin de aseguramiento de pruebas (Decisión Marco 2003/577/JAI) debían ir acompañadas de una solicitud por separado de transferencia de la prueba, presentada de conformidad con el sistema de asistencia judicial penal.

Frente a ello, la Directiva sobre la OEI establece un sistema ágil y rápido para la obtención y traslado entre los Estados miembros de cualquier tipo de prueba (con excepción de la creación de equipos conjuntos de investigación y la obtención de pruebas en dichos equipos)[5], aplicable tanto a las medidas de investigación propias de la instrucción como a pruebas en sentido estricto, y abarcando la obtención de prueba y también el traslado de pruebas que ya obren en poder de las autoridades del Estado de ejecución, así como las medidas de aseguramiento de la prueba. La eficacia y agilidad de este nuevo instrumento de reconocimiento mutuo se consigue configurando la OEI como una resolución judicial que se transmite directamente entre autoridades judiciales (u otras autoridades competentes para la investigación en procesos penales, requiriéndose en este caso la validación de la OEI por una autoridad judicial), por

2. Conforme a los Considerandos 44 y 45, la Directiva sobre la OEI no se aplica ni a Irlanda ni a Dinamarca.

3. Así lo dispone el art. 34 de la Directiva sobre la OEI.

4. La Directiva sobre la OEI sustituye a las disposiciones correspondientes de los Convenios y a las Decisiones Marco. La sustitución de la Decisión Marco 2003/577/JAI es parcial, pues sólo se produce en relación con el aseguramiento de pruebas. Además, el Reglamento (UE) 2016/95, de 20 de enero de 2016, ha derogado la Decisión Marco 2008/978/JAI.

5. Así lo dispone el art. 3 de la Directiva sobre la OEI. Al respecto, téngase en cuenta la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación.

medio de formularios, debiendo ser reconocida y ejecutada en el Estado de ejecución, salvo que concurran una serie de motivos tasados de denegación, y estableciéndose plazos breves para el reconocimiento y la ejecución de la OEI.

De manera especial a partir de los atentados terroristas de París de noviembre de 2015 y Bruselas de marzo de 2016, la Unión Europea ha establecido como una de sus prioridades esenciales en materia penal facilitar la obtención de pruebas electrónicas de carácter transfronterizo, esenciales para poder investigar, y así evitar y perseguir de manera eficaz los delitos graves, en especial, los atentados terroristas. Téngase en cuenta, además, que a menudo las redes sociales y los servicios de correo electrónico y de mensajería son el único lugar donde los investigadores pueden hallar pistas para investigar el delito y pruebas para perseguirlo. Es verdad que la Directiva sobre la OEI cubre todas las medidas de investigación, incluido el acceso a las pruebas electrónicas, pero no contiene disposiciones específicas sobre este tipo de pruebas. Por ello, estas pruebas pueden seguir obteniéndose a través de la OEI, pero la Unión ya ha presentado una iniciativa legislativa para establecer instrumentos de reconocimiento mutuo con esa finalidad de obtener pruebas penales electrónicas en otro Estado miembro, que se adapte mejor a las particularidades de esta clase de pruebas: la orden europea de entrega y la orden europea de conservación. Se trata de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal*, de 17 de abril de 2018[6].

En efecto, la prueba penal electrónica presenta características especiales. Los servicios de comunicaciones electrónicas y los servicios de la sociedad de la información (redes sociales) pueden prestarse desde cualquier lugar del mundo y no exigen una infraestructura física ni empresarial en el Estado miembro en el que se ofrece el servicio, y normalmente el almacenamiento de datos no está ubicado en dicho Estado miembro. De manera que las autoridades de los Estados miembros necesitan acceder a datos que pueden servir de prueba y que están almacenados fuera de su país o por proveedores de servicios de otros Estados miembros o de terceros países.

Con esta iniciativa legislativa[7], se pretenden establecer instrumentos penales de reconocimiento mutuo adaptados al carácter volátil y la dimensión transfronteriza de las pruebas electrónicas, de manera que una autoridad judicial de un Estado miembro pueda ordenar a un proveedor que ofrezca servicios en la

6. COM (2018) 225 final.

7. Para conocer mejor el contexto en que surge y su finalidad, puede consultarse la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación, que contiene también una explicación detallada de los preceptos contenidos en la Propuesta.

Unión[8] que entregue o conserve pruebas electrónicas, a través de una orden europea de entrega o una orden europea de conservación. Y es que una de las novedades más relevantes de esta iniciativa legislativa reside en que las órdenes europeas de entrega y conservación no se dirigen a una autoridad del Estado de ejecución, sino directamente al proveedor de servicios establecido o representado en otro Estado miembro, que es el que deberá cumplirlas, interviniendo sólo la autoridad competente del Estado de ejecución en caso de incumplimiento por el proveedor de servicios, adoptando aquélla las medidas necesarias para su ejecución. Téngase en cuenta que esta Propuesta de Reglamento sólo se aplica a los datos almacenados, mientras que la interceptación instantánea de las telecomunicaciones no está cubierta por la presente Propuesta[9].

Con carácter complementario a la Propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación y en la misma fecha, la Unión Europea ha presentado otra iniciativa legislativa: la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales*, de 17 de abril de 2018[10]. En ella, se establece la obligación de que los proveedores de servicios[11] designen un representante legal en la Unión para la recepción, el cumplimiento y la ejecución de las resoluciones y ordenes emitidas por las autoridades competentes de los Estados miembros a efectos de recabar pruebas para procesos penales. Con ello, se consigue que exista siempre un claro destinatario de dichas resoluciones y órdenes, y se facilita a los proveedores de servicios el cumplimiento de las mismas, ya que será el representante legal el responsable de recibir y cumplir las resoluciones y órdenes en nombre del proveedor de servicios[12].

El objetivo de este trabajo es examinar, a grandes rasgos, esta nueva iniciativa europea para facilitar el acceso transfronterizo a las pruebas penales electrónicas, que es la Propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal.

---

8. Se trata de proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, proveedores de servicios de la sociedad de la información y proveedores de servicios de asignación de nombres de dominio de internet y de direcciones IP.

9. En cambio, la intervención de las telecomunicaciones sí está prevista en los arts. 30 y 31 de la Directiva sobre la OEI.

10. COM (2018) 226 final.

11. Igual que en la iniciativa legislativa anterior, se trata de proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, proveedores de servicios de la sociedad de la información y proveedores de servicios de asignación de nombres de dominio de internet y de direcciones IP.

12. Sobre su contexto y finalidad, véase la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas penales electrónicas, que contiene también una explicación detallada de los preceptos contenidos en la Propuesta.

2. Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas: concepto, finalidad y ámbito de aplicación

Atendiendo a su objeto, definiciones y ámbito de aplicación (arts. 1-3), la Propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación regula las ordenes que la autoridad de un Estado miembro pueden dirigir a un proveedor que ofrezca servicios en la Unión y esté establecido o representado en otro Estado miembro, para que entregue pruebas penales electrónicas (orden europea de entrega) o las conserve de cara a una solicitud de entrega subsiguiente (orden europea de conservación).

Conforme a su ámbito de aplicación, sólo pueden dirigirse estas órdenes a proveedores que ofrezcan sus servicios en la Unión y en el ámbito de investigaciones o procesos penales sobre infracciones penales determinadas, «*tanto durante las fases previas al juicio como durante la fase procesal*» (art. 3.2)[13]. Además, las órdenes europeas de entrega y conservación sólo son aplicables en el caso de que el proveedor de servicios esté establecido o representado en otro Estado miembro (y no en un contexto puramente nacional)[14], es decir, en supuestos transfronterizos, aunque la Propuesta de Reglamento no utilice este término.

Entran dentro de la categoría de proveedores de servicios, las personas físicas o jurídicas que presten servicios de alguna de las siguientes clases (art. 2.2): *a)* servicios de las comunicaciones electrónicas[15]; *b)* servicios de la sociedad de la información, según se definen en el art. 1.1.b) de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información; y que cuenten con el almacenamiento de datos como componente esencial del servicio, en particular, las redes sociales, los mercados en línea que faciliten transacciones entre sus usuarios y otros servicios de alojamiento de datos[16]; *c)* servicios de asignación de

---

13. Según la explicación del artículo 3, «*la vinculación con una investigación específica distingue estas órdenes de las medidas preventivas o de las obligaciones de conservación de datos establecidas por ley, y garantiza la aplicación de los derechos procesales aplicables en los procesos penales. La competencia para iniciar investigaciones respecto de una infracción específica constituye, por tanto, una condición necesaria para la aplicación del Reglamento*» (Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación).

14. Cfr. el Considerando 15.

15. «*Los servicios de las comunicaciones electrónicas se definen en la Propuesta de Directiva por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. Aquí se incluyen las comunicaciones interpersonales tales como los servicios de voz sobre IP, los servicios de mensajería instantánea y los servicios de correo electrónico*» (Considerando 16).

16. Se incluyen estos otros servicios de alojamiento de datos, «*incluso en los casos en que el servicio se presta a través de la computación en la nube. Los servicios de la sociedad de la información que no cuentan con el almacenamiento*

nombres de dominio de internet y de direcciones IP, tales como proveedores de direcciones IP y registradores de nombres de dominio, así como servicios de privacidad y representación relacionados[17].

De entre las definiciones del art. 2, son especialmente relevantes las que hacen referencia a las categorías de datos almacenados que pueden solicitarse a través de las órdenes europeas de entrega y conservación[18]: *a)* datos de los abonados: cualquier dato relacionado con la identidad del abonado o cliente y el tipo de servicio y su duración; *b)* datos relativos al acceso: los relativos al inicio y final de una sesión de acceso del usuario a un servicio, que sean estrictamente necesarios con el único fin de identificar al usuario del servicio; *c)* datos de transacciones: datos sobre transacciones relacionadas con la prestación de un servicio ofrecido por un proveedor que sirvan para facilitar información contextual o adicional sobre dicho servicio y sean generados y tratados por un sistema de información del proveedor; *d)* datos de contenido: todo dato almacenado en formato digital, como texto, voz, vídeos, imágenes y sonidos, distintos de los datos de los abonados, datos relativos al acceso y datos de transacciones.

Todas estas categorías de datos contienen datos personales y están cubiertas por las garantías establecidas en el acervo de la Unión sobre protección de datos, aunque la intensidad de su impacto sobre los derechos fundamentales varía en cada categoría, debiendo distinguirse entre los datos de los abonados y los relativos al acceso, por una parte, en los que la afectación es menor; y los datos de transacciones y de contenido, en los que la afectación a los derechos fundamentales es mayor. Así, mientras que los datos de los abonados y los datos relativos al acceso son útiles para obtener unos primeros indicios en una investigación sobre la identidad de un sospechoso, los datos de transacciones y los datos de contenido son más relevante como material probatorio[19]. De ahí

---

de datos como componente esencial del servicio prestado al usuario, y para los que solo es de carácter secundario, como los servicios jurídicos, de arquitectura, de ingeniería y de contabilidad prestados en línea a distancia, deben quedar excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento, aun cuando puedan corresponder a la definición de servicios de la sociedad de la información según lo establecido en la Directiva (UE) 2015/1535» (Considerando 16).

17. «*Estos proveedores disponen de datos que revisten especial relevancia para las investigaciones penales, ya que pueden permitir la identificación de una persona física o jurídica responsable de un sitio web utilizado en actividades delictivas, o la identificación de la víctima de la actividad delictiva en el caso de un sitio web comprometido que haya sido secuestrado por delincuentes*» (Considerando 18).

18. La propuesta de Reglamento sólo regula la obtención de datos almacenados, esto es, la obtención de datos que obren en poder del proveedor cuando reciba una orden europea de entrega o de conservación. Pero no establece una obligación general de conservación de los datos, ni permite la interceptación de datos o la obtención de datos futuros. Cfr. el Considerando 19.

19. La clasificación entre datos de los abonados, datos de transacciones y datos de contenido era ya conocida en los ordenamientos de numerosos Estados miembros. Los datos relativos al acceso son una nueva categoría de datos introducida por la Propuesta de Reglamento, que debe asimilarse a la de datos de los abonados, ya que su finalidad es similar. En efecto, a diferencia de los datos de transacciones, que suelen buscarse para obtener información sobre los contactos y el paradero del usuario y pueden servir para establecer el perfil de un individuo, los datos relativos al

que las condiciones y requisitos para obtener los datos del segundo grupo sean distintos y más rigurosos que en el caso de los primeros[20].

3. Autoridades emisoras, condiciones de emisión y certificados de las órdenes europeas de entrega y conservación

Esta diferencia de régimen está presente en relación con la regulación de las autoridades emisoras y las condiciones para la emisión de las ordenes europeas de entrega y conservación. En cuanto a las autoridades emisoras, el art. 4 establece que las órdenes europeas de entrega relativa a datos de los abonados y datos relativos al acceso, así como las órdenes europeas de conservación, podrán ser emitidas por un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal competente[21]; o por cualquier otra autoridad competente que actúe como autoridad de investigación en procesos penales y que tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas, aunque en este caso la orden europea de entrega debe ser validada por alguna de las autoridades judiciales anteriormente señaladas. En cambio, los fiscales no tienen competencia para emitir o validar una orden europea de entrega relativa a datos de transacciones y datos de contenido.

Conforme al art. 5, la emisión de una orden europea de entrega con respecto a datos de transacciones o datos de contenido[22] está sometida a requisitos más rigurosos que cuando se soliciten datos de los abonados o datos relativos al acceso. Así, además de cumplir con los requisitos generales (necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada y previsión de una medida similar para la misma infracción penal en el ordenamiento nacional), los datos de los abonados y los relativos al acceso pueden solicitarse en la investigación de cualquier infracción penal. Mientras que sólo puede emitirse una orden europea de entrega relativa a datos de transacciones o de contenido con respecto a: *a)* infracciones penales punibles en el Estado emisor con una pena máxima de privación de libertad de al menos tres años; *b)* las infracciones penales, cometidas total o parcialmente por medio de un sistema de información, definidas en los arts. 3 a 5 de la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001,

---

acceso no sirven por sí solos para una finalidad similar, porque no revelan ninguna información sobre los interlocutores relacionados con el usuario. Cfr. los Considerandos 20 a 23.

20. Cfr. el Considerando 23.

21. En su Dictamen sobre la Propuesta de Reglamento, el Comité Económico y Social Europeo no considera adecuado que los fiscales puedan emitir ordenes europeas de entrega en ningún caso, entendiendo preferible que la obtención de datos de carácter personal se someta siempre a la autorización de un juez (DOUE C 367, de 10 de octubre de 2018, p. 88).

22. En este punto, la versión española contiene un error en el art. 5.4, puesto que aplica requisitos más rigurosos a la entrega de datos de transacciones o de «*datos relativos al acceso*». El error se comprueba fácilmente acudiendo a los Considerandos 31 y 32 y a la explicación del art. 5 de la Exposición de Motivos.

sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo; los arts. 3 a 7 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; y los arts. 3 a 8 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información; *c)* las infracciones penales definidas en los arts. 3 a 12 y 14 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo.

Por su parte, según el art. 6, una orden europea de conservación podrá emitirse cuando sea necesaria y proporcionada para impedir la retirada, supresión o alteración de datos con vistas a una posterior solicitud de entrega de esos datos a través de la asistencia judicial mutua, una OEI o una orden europea de entrega, pudiendo emitirse con respecto a cualquier infracción penal.

Como puede apreciarse, se condiciona, con carácter general, la entrega de datos de transacciones y de contenido a un umbral de terminada gravedad del delito investigado que es proporcionado, pues circunscribe dicha entrega a casos de investigación de delitos de determinada gravedad, pero sin restringirlos excesivamente, y utilizando un criterio que es fácilmente aplicable en la práctica[23]. Sin aplicar el umbral de pena, también es posible la solicitud de datos de transacciones y de contenido para la investigación de determinadas infracciones en las que las pruebas están normalmente disponibles sólo en formato electrónico, que por su naturaleza es especialmente volátil. Tampoco es aplicable el umbral de pena para la investigación de los delitos relacionados con el terrorismo[24].

Las órdenes europeas de entrega y conservación deben remitirse directamente al representante legal designado por el proveedor de servicios a efectos de recabar pruebas para procesos penales, y si no se ha designado un representante legal específico, pueden remitirse a cualquier establecimiento del proveedor en la Unión (art. 7)[25]. La transmisión se realiza por medio de un certificado de or-

---

23. Por su parte, en su Dictamen sobre la Propuesta de Reglamento, el Comité Económico y Social Europeo ha considerado que el objetivo de que la orden europea de entrega sólo sea aplicable para formas graves de delitos, se lograría mejor mediante un umbral mínimo de pena de tres meses que mediante un umbral máximo de tres años (DOUE C 367, de 10 de octubre de 2018, p. 88).

24. Cfr. los Considerandos 31 y 32 y la explicación del art. 5 de la Exposición de Motivos.

25. En una Nota de la Presidencia al Consejo, de 4 de octubre de 2018 (nº doc. prec.: 12115/18), la Presidencia informa de que diversos Estados miembros han propuesto que las órdenes se notifiquen también a las autoridades judiciales del Estado miembro del destinatario o bien a las del Estado miembro de la persona cuyos datos se solicitan, de modo que también éstas pudieran evaluar la legalidad de las órdenes y cualquier posible obstáculo para su ejecución, y tendrían la posibilidad de presentar objeciones a la ejecución, aunque no hay consenso sobre a qué Estado miembro habría que enviar esta notificación, si al de ejecución o al de la persona afectada. Por su parte, la Presidencia propone

den europea de entrega, contenido en el anexo I del Reglamento e identificado en la propia Propuesta como EPOC[26]; o de un certificado de orden europea de conservación, contenido en el anexo II del Reglamento e identificado en la propia Propuesta como EPOC-PR[27]. Tanto el EPOC como el EPOC-PR deben contener toda la información exigida para la emisión de las órdenes europeas de entrega y conservación, respectivamente, salvo la justificación de la necesidad y la proporcionalidad de la medida u otras precisiones adicionales sobre la investigación[28]; se transmitirán directamente por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita y permita al destinatario determinar su autenticidad[29]; y en caso necesario, se traducirán a la lengua oficial de la Unión aceptada por el destinatario (art. 8).

4. Cumplimiento y ejecución

Los arts. 9 y 10 regulan, respectivamente, la ejecución del EPOC y del EPOC-PR. No obstante, no se trata de una ejecución en sentido propio, sino del cumplimiento de los mismos por parte del destinatario, es decir, el representante legal designado por el proveedor de servicios. El procedimiento de ejecución en sentido propio se regula en el art. 14 y se atribuye a la autoridad competente del Estado de ejecución para el supuesto de que destinatario no haya cumplido un EPOC o un EPOC-PR.

Se establecen breves plazos para el cumplimiento del EPOC por el destinatario: diez días desde su recepción, salvo que la autoridad emisora haya indicado razones para una entrega más rápida[30]; y sin demora en los casos urgentes[31], a

---

como solución transaccional la notificación, únicamente a afectos informativos, a las autoridades del Estado miembro de ejecución o del Estado miembro de la persona afectada. De este modo, «*la autoridad notificada puede iniciar una consulta al Estado miembro de emisión, pero no tiene derecho a presentar objeciones a la ejecución de la orden*».

26. Por sus siglas en inglés: *European Production Order Certificate*.

27. Por sus siglas en inglés: *European Preservation Order Certificate*.

28. Para no poner en peligro la investigación, aunque el sospechoso podrá conocerlas e impugnarlas posteriormente durante el proceso penal. Cfr. el Considerando 38.

29. Como el correo certificado, correo electrónico seguro, plataformas u otras vías seguras, incluidas las puestas a disposición por el proveedor de servicios, aunque éstas deberán permitir la presentación del EPOC y del EPOC-PR en el formato establecido en los anexos I y II, sin solicitar datos adicionales relativos a la orden. Cfr. el Considerando 39 y la explicación del art. 8 de la Exposición de Motivos.

30. «*Además del peligro inminente de supresión de los datos solicitados, tales motivos podrían incluir circunstancias relacionadas con una investigación en curso, por ejemplo cuando los datos solicitados estén asociados a otras medidas de investigación urgentes que no puedan realizarse sin los datos en cuestión o que dependan de ellos de otro modo*» (Considerando 40).

31. Conforme al art. 2.14 de la Propuesta de Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación, por casos urgentes deben entenderse las situaciones en las que exista una amenaza inminente para la vida o la integridad física de una persona o para una infraestructura esencial, entendida esta última tal y como se define en el art. 2.a) de

más tardar en un plazo de seis horas. El anexo III de la Propuesta de Reglamento contiene un formulario para que el destinatario del EPOC comunique a la autoridad emisora las circunstancias que le impiden su cumplimiento, que pueden ser de distintos tipos. Así, puede, en primer lugar, que el destinatario deba recurrir a dicho formulario para comunicar que el EPOC está incompleto, contiene errores manifiestos o no contiene suficiente información para poder cumplirlo. En segundo lugar, puede que tenga que utilizarlo para informar a la autoridad emisora que no puede cumplir el EPOC por causas de fuerza mayor o imposibilidad material no imputable al destinatario o al proveedor de servicios, en particular, cuando la persona cuyos datos se solicitan no sea cliente suyo o cuando los datos se hayan suprimido antes de recibir el EPOC, lo que dará lugar, una vez comprobados los motivos, a que la autoridad emisora retire la orden[32]. Además, el destinatario también utilizará el formulario del anexo III en todos los casos en los que, por otros motivos, no aporte la información solicitada o no la facilite de forma exhaustiva o en el plazo establecido, pudiendo la autoridad emisora fijar un nuevo plazo al proveedor para la entrega de los datos.

A diferencia de los supuestos anteriores, cuando el destinatario considere que el EPOC no puede ejecutarse por ser claramente contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o manifiestamente abusivo, debe enviar el formulario del anexo III, pero en este caso a la autoridad de ejecución competente de su propio Estado miembro (Estado de ejecución), quien podrá solicita aclaraciones a la autoridad emisora, directamente o a través de Eurojust o la Red Judicial Europea.

Cuando no entregue inmediatamente los datos solicitados, cualquiera que sea el motivo, y para garantizar su disponibilidad, el destinatario deberá conservarlos, siempre que pueda identificar los datos requeridos.

En cuanto al cumplimiento del EPOC-PR, el destinatario debe conservar, sin demora injustificada, los datos solicitados durante sesenta días, salvo cuando la autoridad emisora confirme que ha puesto en marcha la subsiguiente solicitud de entrega, en cuyo caso el destinatario deberá conservarlos hasta su entrega. El destinatario también debe utilizar el formulario del anexo III para indicar a la autoridad emisora que no puede cumplir el EPOC-PR por las mismas tres primeras causas que para el EPOC, pero no en el cuarto caso, que daba

---

la Directiva 2008/114/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, sobre la identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección.

32. La comunicación a la autoridad emisora en estos casos permite que ésta pueda reaccionar con rapidez, solicitando las pruebas electrónicas a otro proveedor, y evita que inicie un procedimiento de ejecución en supuestos en que no tiene sentido. Cfr. la explicación del art. 9 de la Exposición de Motivos.

lugar a la comunicación a la autoridad de ejecución, que no se contempla para la orden de conservación.

Conforme al art. 11, el destinatario debe garantizar la confidencialidad del EPOC o del EPOC-PR y, cuando se lo solicite la autoridad emisora, se abstendrá de informar a la persona cuyos datos se solicitan, con el fin de salvaguardar la investigación penal, pudiendo la propia autoridad emisora aplazar la necesaria comunicación a la persona afectada sobre la entrega de los datos durante el tiempo necesario y proporcionado[33].

El art. 14 regula el procedimiento de ejecución, aplicable a los casos de incumplimiento por parte del destinatario. La autoridad emisora trasladará la orden europea de entrega o conservación completa, incluyendo la justificación de su necesidad y proporcionalidad, junto al respectivo certificado[34], a la autoridad competente del Estado de ejecución, la cual deberá ejecutarla de conformidad a su legislación nacional. Por su parte, el destinatario puede oponerse a la ejecución en virtud de una serie de motivos tasados[35], decidiendo finalmente la autoridad de ejecución, que también puede denegar el reconocimiento y la ejecución cuando considere que los datos en cuestión están protegidos por privilegios o inmunidades con arreglo a su legislación nacional o que su revelación puede afectar a sus intereses fundamentales, como la seguridad y la defensa nacionales. Antes de denegar el reconocimiento o la ejecución de una orden europea, la autoridad de ejecución debe consultar a la autoridad emisora.

5. Procedimiento de reexamen y recursos

Los arts. 15 y 16 prevén un procedimiento de reexamen aplicable sólo a las ordenes europeas de entrega[36], en casos de contradicción con la legislación de un país tercero, basada en la protección de derechos o intereses fundamentales de dicho país, o cuando la contradicción se funde en razones de otro tipo. En el

---

33. La exigencia de comunicación no se aplica a la orden europea de conservación, dada su menor injerencia en los derechos afectados (cfr. la explicación del art. 11 de la Exposición de Motivos), lo cual es coherente con la regulación del derecho al recurso del art. 17, aplicable sólo a la orden europea de entrega.

34. Cfr. el Considerando 44.

35. El art. 14.4 y 5 enumera las siguientes causas de denegación, aplicables tanto al EPOC como al EPOC-PR: *1)* la orden no ha sido emitida o validada por una autoridad emisora válida; *2)* el destinatario no ha podido cumplir la orden por imposibilidad material o fuerza mayor, o aquélla contiene errores manifiestos; *3)* la orden no se refiere a datos almacenados por el destinatario en el momento de su recepción; *4)* el servicio no está cubierto por el Reglamento; *5)* la orden es claramente contraria a las Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o manifiestamente abusivo. Además, existe un motivo de denegación que sólo es aplicable a la orden europea de entrega y es que, solicitándose datos de transacciones y de contenido, la infracción penal no sea de las que permiten la entrega de este tipo de datos.

36. Debido al mayor grado de injerencia en los derechos de las personas afectadas.

primer supuesto, cuando el destinatario considere que existe un conflicto entre la orden europea de entrega y la legislación del país tercero que prohíbe revelar los datos en cuestión para proteger los derechos fundamentales de los interesados o los intereses fundamentales del país relacionados con la seguridad y la defensa nacionales, notificará a la autoridad emisora su oposición motivada, a través del formulario del anexo III. La autoridad emisora revisará la orden, pudiendo anularla. Pero si entiende que procede su confirmación, debe solicitar una revisión por el órgano jurisdiccional competente de su propio Estado miembro, quien a su vez, si entiende que puede existir el conflicto planteado, deberá consultar a la autoridad central del país tercero, y si ésta se opone a la ejecución de la orden, el órgano jurisdiccional competente la anulará.

Cuando se trate de la contradicción con la legislación de un país tercero no destinada a proteger los derechos fundamentales ni los intereses fundamentales del país, el procedimiento se desarrolla del mismo modo, pero en este caso es el órgano jurisdiccional competente del Estado emisor el que decide en todo caso sobre la existencia o no del conflicto, confirmando o anulando la orden europea de entrega, sin consulta a la autoridad central del país tercero. Si el órgano jurisdiccional competente considera que no existe conflicto relevante confirmará la orden, y cuando compruebe que la legislación del país tercero prohíbe la revelación de los datos solicitados confirmará o retirará la orden, ponderando una serie de elementos que pretenden determinar el grado de vinculación de la causa penal en la que se ha emitido la orden con cualquiera de las dos jurisdicciones, sus respectivos intereses para obtener o impedir la revelación de secretos, y las posibles consecuencias que para el proveedor de servicios conlleva el cumplimiento de la orden, incluidas las sanciones que puedan aplicarse[37].

Como ambos supuestos de reexamen suspenden la ejecución de la orden europea de entrega, los datos deben conservarse durante su tramitación, y cuando la orden se anule, puede emitirse una orden europea de conservación para garantizar la disponibilidad de los datos y permitir que la autoridad emisora los solicite por otras vías, como la asistencia judicial mutua[38].

Conforme al art. 17, aplicable también únicamente a las órdenes europeas de entrega, todas las personas afectadas deben poder impugnar la orden, tanto los sospechosos o acusados, durante el propio proceso penal en el que se haya emitido la orden; como los que no lo son, que también deben tener vías de recurso efectivas en el Estado emisor[39]. Este precepto parece limitar la impug-

37. Cfr. el Considerando 52.

38. Cfr. el Considerando 53 y la explicación de los arts. 15 y 16 de la Exposición de Motivos.

39. Todo ello, sin perjuicio de que tanto los sospechosos y acusados como las demás personas afectadas por la orden puedan ejercer las vías de recurso disponibles con arreglo a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del

nación a la incorporación de la prueba al proceso penal, pues se refiere específicamente a los *datos obtenidos*. Estos recursos se ejercitarán ante un órgano jurisdiccional del Estado emisor conforme a su legislación nacional, y deberán incluir en todo caso la posibilidad de impugnar la legalidad, la necesidad y la proporcionalidad de la orden europea de entrega[40].

Para terminar con el examen de las características esenciales de esta Propuesta de Reglamento, se establecen determinadas cautelas en relación con las órdenes europeas de entrega, para respetar los privilegios e inmunidades establecidos en la legislación del Estado de ejecución. Así, cuando los datos de transacciones o los datos de contenido *solicitados* a través de una orden europea de entrega estén protegidos por privilegios o inmunidades concedidos en virtud de la legislación del Estado miembro del destinatario, o afecten a intereses fundamentales de dicho Estado miembro, como la seguridad y la defensa nacionales, la autoridad emisora deberá pedir aclaraciones (incluso mediante consulta a las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución) antes de emitir la orden, y si considera que, en efecto, los datos solicitados están protegidos por privilegios e inmunidades, o que su revelación afectaría a intereses fundamentales del Estado miembro de ejecución, no emitirá la orden europea de entrega (art. 5.7). Por su parte, cuando los datos de transacciones o los datos de contenido *obtenidos* por medio de una orden europea de entrega estén protegidos por los referidos privilegios e inmunidades o afecten a los mencionados intereses fundamentales, el órgano jurisdiccional del Estado emisor garantizará que durante el proceso penal respectivo esos motivos sean tenidos en cuenta en las mismas condiciones que si estuvieran previstos por su legislación nacional, al evaluar la pertinencia y la admisibilidad de las pruebas en cuestión (art 18).

Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades 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 (*Directiva sobre protección de datos en el ámbito penal*); y el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril 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 (*Reglamento general de protección de datos*).

40. En este sentido, el Reglamento no debe limitar los posibles motivos para impugnar la orden. Cfr. el Considerando 54.

9 | ¿Por qué seguimos necesitando la prueba testimonial?

María de los Ángeles González Coulon
Profesora asistente
Departamento Derecho Procesal,
Universidad de Chile
Doctoranda Universidad Autónoma de Barcelona

1. Introducción

Si analizamos la historia del derecho procesal, y las formas de resolver los conflictos que se han utilizado desde el derecho romano en adelante[1], la prueba testimonial ha tenido un protagonismo e importancia que hoy en día se ha visto disminuida, producto de cierta desconfianza que se ha desarrollado respecto a este medio de prueba[2], y a la mayor relevancia que, en materia probatoria, se le ha otorgado a la prueba documental[3] y a la científica[4].

La prueba testimonial ha sido definida por la doctrina como aquella que «*consiste en la declaración que hacen personas extrañas al juicio, las cuales reúnen las condiciones exigidas por la ley, y que deponen en la forma que ella establece acerca de los hechos, substanciales y pertinentes controvertidos por las partes*»[5]. De la presente definición, es posible observar que el significado de este medio probatorio se define desde una perspectiva formal, donde la característica determinante sería la posición de tercero, dentro del juicio, de quien declara. En el mismo sentido formal, pero ampliándolo no sólo a terceros den-

1. Pino, M. 2014. Testigos bajo sospecha. Estudio histórico – jurídico de la tacha. Madrid, Editorial Dykinson(204), p. 23

2. Gorphe, F. 1971. La crítica al testimonio. 5° edición, Madrid, España, Instituto Editiorial Reus S.A.

3. Vasquez, C. 2015. De la prueba científica a la prueba pericial. 1° edición, Madrid, España, Marcial Pons. p. 49; 29.Taruffo, M. 2012. Consideraciones sobre la prueba y motivación de la sentencia civil. 1° edición, Santiago, Chile, Editorial Metropolitana. p. 416

4. Vásquez, C. Op.cit. p. 49

5. Casarino, M. 2009. Manual de derecho procesal. Derecho procesal Civil. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 73

tro del juicio, se ha significado lo que dentro de un proceso será un testimonio, así «*testimonio es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza*»[6], luego este autor menciona que si la declaración no lo perjudica, también las partes pueden realizar testimonios dentro del juicio[7].

Es posible apreciar de las definiciones anteriores que, el estudio de la prueba de tipo testimonial se ha centrado en sus características formales y en la figura de quien realiza la declaración, es decir, del testigo. Este último, para Bentham podría estudiarse desde dos perspectivas, una referida al testigo percipiente, es decir, de aquel que «*(…) ha visto, oído, conocido por sus sentidos un hecho sobre el cual puede dar unos informes*» y el deponente que es aquel «*que expone en un tribunal de justicia los informes que ha adquirido*»[8].

Lo mencionado con anterioridad, respecto a las maneras en que se ha enfrentado la prueba testimonial por la doctrina, tiene vital importancia para el desarrollo de este trabajo porque el hecho de que sólo se haya estudiado formalmente la prueba testimonial, y que su estudio se centre en la figura del testigo, ha tenido como consecuencia una paradoja. La paradoja que se produce es aquella referida a la importancia y utilización de este medio de prueba dentro de la mayoría de los procesos, pero al mismo tiempo, y he aquí lo confuso, la desconfianza desarrollada respecto al mismo medio de prueba y producida por la suspicacia respecto a quien declara, tanto en relación con posibles relaciones con una de las partes o interés en el juicio, como también de sus propias características personales y la posibilidad de transmitir de manera certera lo percibido.

El propósito de esta breve comunicación es dar cuenta, de manera general, de los cuestionamientos que este medio de prueba ha tenido, pero al mismo tiempo plantear la necesidad de la utilización del mismo en la mayoría de los procesos y cómo debiese valorarse.

2. Cuestionamientos a la prueba testimonial

La teoría tradicional que trata sobre la prueba testimonial, como ya señalamos en precedencia, entrega un concepto que «(…) gira en torno al de persona»[9],

---

6. Devis echandia, H. 1974. Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires, Editorial Víctor de Zavalía, Tomo II, p. 33
7. Ibid.
8. Bentham, J. 1825. Tratado de las pruebas judiciales. París, Bossange Freres, Tomo I p. 238
9. Chozas, J. 2001. La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil. Madrid, La Ley, p. 37

es decir, todo comienza desde un punto anterior al de medio de prueba, que es la desconfianza que hoy en día se tiene en el ser humano. Como menciona Guimaraes Ribeiro*, «vivimos una crisis ética en nuestra sociedad moderna y por consiguiente una crisis en las relaciones humanas que están sometidas al mundo de las apariencias, (…) razón por la cual tenemos una desconfianza generalizada en el ser humano y consecuentemente en el testigo»*[10].

Esta desconfianza que se tiene en este medio de prueba se debe a distintos factores, que de manera general podríamos clasificar en dos grandes grupos. Los primeros referidos a relaciones que dichos testigos tienen con alguna parte del juicio o un eventual interés, y otro grupo, relacionado con eventuales problemas de percepción o de transmisión de lo que dichos testigos han percibido.

El primer grupo de problemas presentado dice relación con factores que históricamente han sido tomados en consideración. Desde El Libro de la ley de Manú de los pueblos hindúes, no se admite como testigos a los amigos, criados, condenados, locos o gente de mala reputación. De la misma manera, se señala que la mayoría de las legislaciones rechazan el testimonio del cónyuge, de ascendientes, descendientes o afines, o en otros casos, los dementes o incapaces[11].

Este primer grupo es el que tradicionalmente se ha vinculado a la institución de las tachas. Las tachas «*son los medios o la forma de hacer efectivas las inhabilidades establecidas por la ley procesal y que conducen, al ser aceptadas, a desestimar las declaraciones de los testigos en juicio*»[12], estas inhabilidades que plantea el legislador están directamente relacionadas con la posición del testigo en el juicio o respecto a las partes, se le instala la etiqueta de interesados a ciertas personas, desconfiando de su testimonio, alejándolos del proceso o tratándolos con cierta prevención[13], creando, en el proceso civil, una etapa ficticia de exclusión de prueba y limitando la introducción de la declaración de un sujeto que como «agente» puede ser reprochable, a ojos del legislador, pero cuyo «producto» —declaración—, puede contribuir ciertamente a la solución del conflicto, independiente de sus características personales o vínculos con las partes o el proceso.

Finalmente, este grupo de inhabilidades que ha sido determinado por el legislador no hace más que demostrar la desconfianza en el ser humano, estable-

---

10. Guimaraes, D. Prueba testifical: protocolos de actuación, medidas de protección, técnicas de interrogatorio y cuestiones específicas de valoración en iberoamerica. En: La prueba en el proceso. Barcelona, Atelier. p. 254

11. Gorphe, F. 1985. Apreciación judicial de las pruebas: ensayo de un método técnico. Bogotá Colombia, Temis p. 23

12. Casarino, Op.cit. p. 84

13. Nieva, J. 2010. La valoración de la prueba. Madrid, España, Marcial Pons. p. 266

ciendo que el testigo es capaz de mentir o de «modificar» su testimonio en virtud de ciertas posiciones que tiene en relación a las partes o al proceso. Así, el centralismo de la prueba testimonial en la persona del testigo, hace que pierda relevancia este medio de prueba; en otras palabras, su «*(…) eficacia es dependiente en gran medida de la credibilidad de la persona que presta la declaración sobre el hecho*»[14].

Un segundo grupo de factores que se vinculan a esta posible decadencia de la prueba testimonial, y que también se vinculan a la persona del testigo son aquellos problemas de percepción o de transmisión de lo percibido. De esta manera, se ha mencionado que al momento de la valoración de la prueba testimonial, las principales complicaciones que se presentan son aquellas de percepción, memoria, emociones, evocación y grado de sinceridad de la persona[15, 16].

Las ideas anteriores han sido estudiadas desde una mirada sicológica, «*la reserva con que se recibe ahora a la prueba testifical debe más bien atribuirse a razones de psicología experimental, cuyas enseñanzas han permitido convencernos que el testimonio de las personas forma un proceso complejo, en que actúan diversos factores, tales como la sensación, la percepción, la fijación y la expresión, que involuntariamente puede deformarlo o alterarlo, junto con la frágil memoria del hombre (…)*»[17]. Sería esta prueba una excepción dentro de los medios de prueba, pero hay hechos que sólo pueden probarse a través de ella[18].

En concreto, en este segundo grupo de factores la pregunta que algunos autores se hacen es si «*¿hay algo más cambiante y menos convincente que la declaración de un tercero procesal que muchas veces se muestra teñida de clara o de velada parcialidad o, sin llegar a ello, sujeta a un cúmulo de imponderables que resultan por completo ajenos al juzgador?*»[19]. Estas distintas visiones de los testigos pueden generar que, a diferencia de la científica que sería incontestable, dan versiones distintas y antagónicas y que cada testigo «*es él y sus circunstancias*» por lo que un mismo hecho puede ser visto desde distintos ángulos[20].

---

14. Palomo, D; Bordalí, A; Cortez, G. 2014. Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar. Santiago, Chile, Thomson Reuters.p. 330

15. Alemañ, J. 2002. La prueba de testigos en el proceso penal. Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante. p. 255 ss

16. Palomo, Op.cit. p.330

17. Anabalón, C. El juicio ordinario mayor cuantía. p. 187

18. Ibid, p. 187

19. Alvarado, A. 2007. Prueba Judicial. Rosario, Editorial Juris. p. 13

20. Ibid, p. 17

De manera definitiva, podríamos mencionar que esta injusta y generalizada minusvaloración de la prueba testimonial, tanto por parte de la ley como de los jueces[21], viene precedida del tratamiento tradicional que se le ha dado este medio de prueba, cual es, centrarse solamente en el testigo, olvidando el contenido de la declaración que este realizará.

3. Necesidad de este medio de prueba

Como mencionamos al inicio, la paradoja que este medio de prueba presenta y que es la que pretendo reflejar en esta comunicación es que a su desconfianza se suma contradictoriamente su importancia en los procesos. En otras palabras, como nos dice Devis Echandia: «*he ahí el inevitable dilema: necesidad del testimonio como prueba judicial y peligros inherentes a él. Ni podemos prescindir de aquél, ni eliminar éstos (…)*»[22].

Hemos utilizado los testimonios —entendidos en el sentido estricto de prueba testimonial—, para afirmar el conocimiento de cualquier aspecto de la vida diaria, ha sido esta nuestra fuente de información, ya que muy pocas veces los conocimientos que tenemos están basados en experiencias primarias y propias de cada uno[23]. El testimonio es una forma de aproximación a ciertos hechos, confiándose per se y sin cuestionamientos mayores en lo que se nos señala, y sin tener, al mismo tiempo, forma de verificar lo que se nos ha dicho, o pudiendo verificarse sólo a través de otros testimonios[24], como menciona Thagard «*when someone tells you something, should you belive it? This problem is ubiquitous in law, business, science, and everyday life. It arises in law when jurors and judges have to decide whether to believe the testimony of a witness. It arises in business when buyers, sellers, and others make claims that may be dubious (…)*»[25]. De hecho, tomamos decisiones importantes de nuestra vida basado en esta fuente de conocimiento.

Bentham es claro para explicar lo que decimos, señalando como ejemplo que un padre para resolver un problema en su casa, dice que «*no excluye ningún testigo: oye todo, reservándose el apreciar cada uno de los testimonios; y no es por el número, sino por el valor prudencial de los testigos, que se decide a pronunciar*»[26].

---

21. Chozas, Op.cit. p. 20
22. Devis Echandia, Op.cit., p. 92
23. Vasquez, Op.cit. p. 49
24. Paez, A. 2014. La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. Isonomía, (40). pp. 99-100
25. Thagard, P. 2006. Testimony, credibility, and explanatory coherence. Erkenntnis(2005) 63:295–316. p. 295
26. Bentham, Op.cit. p. 18

Tanto en la vida diaria como en el ámbito jurídico la prueba testimonial es de alguna manera la fuente de evidencia más importante para un gran número de decisiones judiciales»[27], en parte porque no todo lo que hacemos lo vamos dejando plasmado en documentos ni es posible de verificar mediante prueba científica, y porque además este medio proporciona «*una mayor facilidad que la escritura para lograr que los sujetos del proceso se relacionen*»[28]. Dentro de un proceso hay ciertos casos que sólo mediante testigos se pueden comprobar, como las diferencias familiares, algunas transacciones mercantiles según los usos regionales y hasta convenciones o arreglos administrativos, la discutibilidad sobre los factores normativos, errores sobre la cosa, o la mala fe en una relación[29], entre otros.

En otras palabras, «*no sólo hay suficiente fundamento jurídico, psicológico y lógico para admitir la prueba de testigos entre los medios utilizados en el proceso, para llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas jurídicas que debe aplicar, sino que desde un punto de vista tanto teórico como práctico, existe una verdadera necesidad de recurrir a ella, en la mayoría de los procesos*»[30].

De esta manera, y siguiendo la tan citada frase de Bentham, «*los testigos son los ojos y los oídos de la justicia*»[31], se podría decir que es imposible prescindir de este medio de prueba ya que siempre se terminará buscando o encontrando —desde el otro punto de vista— la justificación a un enunciado sobre los hechos o la concordancia o explicación de otro medio de prueba con un testimonio, por lo que sólo nos queda hacer frente a las posibles falencias planteadas.

4. Superación de los supuestos problemas de la prueba testimonial

En el entendido que la prueba testimonial es crucial en la mayoría de los procesos, la primera pregunta que debemos realizarnos para superar los problemas que presenta es ¿por qué creemos en el testimonio? Según Bentham esto se debe a la «*experiencia general confirmada por la de cada individuo*»[32], o sea, a que el testimonio ha sido verdadero en la mayoría de los casos.

---

27. Páez, Op.cit. p. 96

28. Garciandía, P. La oralidad en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias, en: http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp5gar.pdf

29. Briseño, H. Derecho Procesal. México, Cardenas Editor y Distibuidor, Tomo IV, p. 466

30. Devis Echandia, Op.cit., tomo II, p. 87

31. Bentham, Op.cit. tomo III, p. 66

32. Bentham, Op.cit p. 41

Dicho lo anterior, la predisposición está en creer, por lo que se necesita que el juez tenga razones para no hacerlo, las cuales pueden relacionarse con presunciones respecto al testigo, por causa física, moral o intelectual o por la existencia de otro testimonio que se contradiga[33], además por la improbabilidad física o sicológica de los hechos relatados[34].

Entendido lo anterior respecto a la epistemología del testimonio, cabe, en segundo lugar, que nos centremos en el proceso mismo y la forma de valorar este medio de prueba. Lo primero que debe dejarse de lado en este aspecto es el centralismo, casi ciego, en el testigo olvidando el contenido de su declaración. Devis Echandia hace eco de esta distinción —testigo y declaración—, mencionando un aspecto subjetivo y otro objetivo: «*(…) son también dos los aspectos de esta crítica material del testimonio, como de toda prueba: el subjetivo, que se refiere a su autenticidad y sinceridad (examen del testimonio en consideración al sujeto testigo); y el objetivo, que contempla su exactitud o veracidad y su credibilidad, es decir, en relación con los hechos objeto de la declaración (se incluyen en este aspecto objetivo, su conducencia, la pertinencia del hecho narrado y la ausencia de prohibición legal de investigarlo)*»[35].

Se debe ser capaz, al momento de evaluar la prueba testimonial, de diferenciar e identificar con igual nivel de importancia tanto al testigo como su declaración, de lo contrario se cae en la tentación de sólo evaluar al primero con las consecuentes críticas y desconfianzas que se tienen de la persona, dejando de lado el contenido de la declaración, la cual puede aportar y muchas veces dilucidar el resultado de un juicio. Es por ello que «*la solución al problema de los peligros del testimonio no está en limitar la admisibilidad o, mejor dicho, la conducencia de esta prueba, sino en que el juez extreme su rigor crítico (…)*»[36], sin la existencia de causales de inhabilidad ni menos con la prescindencia de este medio de prueba.

En lo anterior, resulta perentorio el interrogatorio que se realiza porque «*la forma del interrogatorio es una garantía más segura y un proceder más eficaz para obtener la verdad, que las amenazas más severas de la ley*»[37].

En definitiva, y respecto a la valoración de este medio de prueba, el juzgador deberá enfrentarse, en primer lugar, a valorar la credibilidad del testigo pre-

---

33. Bentham, Op.cit p. 45
34. Bentham, Op.cit, p. 47
35. Devis Echandia, Op.cit., tomo II, p. 249
36. Devis Echandia, Op.cit., tomo II, p. 161
37. Bentham, Op.cit., p. 96

guntándose ¿cuándo este es fiable?, para luego someter a examen la declaración en sí misma. Primero, se debe «*buscar una justificación para la afirmación testimonial, encontrando hechos que aumenten la probabilidad de que la afirmación sea verdadera y (ii) determinar si la justificación obtenida en el primer paso es suficiente para la aceptación del testimonio en ese contexto*»[38].

5. Conclusiones

En esta breve comunicación hemos tratado de presentar las paradojas que hasta hoy en día presenta la prueba testimonial. Por una parte, ha sido la prueba más utilizada a lo largo de la historia del proceso, pero desde tiempos inmemoriales y hoy en día cada vez más, una de las pruebas en la que más se desconfía.

Creemos que parte del problema que se suscita respecto a la prueba testimonial radica en la forma en que se ha estudiado y regulado, cual es centrado en el agente de la actividad, es decir, del testigo. Como este medio de prueba se centra en la persona del testigo, se centran en ella todas las desconfianzas y problemas que las personas pueden presentar, olvidándose que, de todas maneras, la información que este testigo entregue es útil para la correcta solución del conflicto en cuestión.

Por lo anterior, la primera forma de entender la prueba testimonial debe ser desde una mirada más amplia que nos permita distinguir entre el testigo y su declaración. Esto es fundamental, porque la declaración entregará información necesaria para esclarecer el problema planteado en juicio e incluso para poder complementar o entender otros medios de prueba, no distinguir no hace más que generar que el testigo contamine su declaración.

Lo señalado en el párrafo precedente no implica que se solucionen los problemas que envuelven al testigo, pero esos problemas no pueden hacer que nos veamos condenados a prescindir de dicha prueba.

Como nos decía Bentham, «*siempre los testigos pueden mentir*»[39], pero por esa razón ¿eliminaremos este medio de prueba de la regulación? Creemos que la respuesta es negativa porque «*una cosa es la lógica crítica a que debe someterse todo testimonio por parte del juez antes de darle credibilidad, y otra muy*

38. Páez, Andrés: «Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia», en Vásquez, Carmen, Estándares de prueba y prueba científica, 2013. p. 224

39. Bentham, Op. cit, tomo III, p. 214

distinta, como comentábamos antes, es huir de este tipo de prueba o hipovalorarla demasiado, puesto que en muchos procesos puede llegar a ser el único o el más importante a la hora de clarificar los hechos»[40].

6. Bibliografía

Alemañ, J. 2002. La prueba de testigos en el proceso penal. Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante.

Alvarado, A. 2007. Prueba Judicial. Rosario, Editorial Juris.

Anabalón, C. El juicio ordinario mayor cuantía.

Bentham, J. 1825. Tratado de las pruebas judiciales. París, Bossange Freres, Tomos I – III.

Briseño, H. Derecho Procesal. México, Cardenas Editor y Distibuidor, Tomo IV.

Casarino, M. 2009. Manual de derecho procesal. Derecho procesal Civil. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Chozas, J. 2001. La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil. Madrid, La Ley.

Devis Echandia, H. 1974. Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires, Editorial Víctor de Zavalía.

Garciandía, P. La oralidad en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias, en: http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp5gar.pdf

Gorphe, F. 1971. La crítica al testimonio. 5° edición, Madrid, España, Instituto Editiorial Reus S.A.

Gorphe, F. 1985. Apreciación judicial de las pruebas: ensayo de un método técnico. Bogotá Colombia, Temis.

Guimaraes, D. Prueba testifical: protocolos de actuación, medidas de protección, técnicas de interrogatorio y cuestiones específicas de valoración en iberoamerica. En: La prueba en el proceso. Barcelona, Atelier.

Nieva, J. 2010. La valoración de la prueba. Madrid, España, Marcial Pons.

Paez, A. 2014. La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. Isonomía, (40).

Páez, Andrés: «Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia», en Vásquez, Carmen, Estándares de prueba y prueba científica, 2013.

Palomo, D; Bordalí, A; Cortez, G. 2014. Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar. Santiago, Chile, Thomson Reuters.

Pino, M. 2014. Testigos bajo sospecha. Estudio histórico – jurídico de la tacha. Madrid, Editorial Dykinson.

Taruffo, M. 2012. Consideraciones sobre la prueba y motivación de la sentencia civil. 1° edición, Santiago, Chile, Editorial Metropolitana.

Thagard, P. 2006. Testimony, credibility, and explanatory coherence. Erkenntnis(2005) 63:295–316.

Vasquez, C. 2015. De la prueba científica a la prueba pericial. 1° edición, Madrid, España, Marcial Pons.

40. Chozas, Op.cit. p. 21

10 | Medidas de protección frente a la victimización secundaria derivada de la declaración de la víctima en el proceso penal

Pablo Grande Seara
Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

SUMARIO: 1. La declaración de la víctima como fuente de victimización secundaria. 2. Medidas de protección referidas a la declaración de la víctima conforme al EVD. *2.1. Medidas de protección aplicables a la declaración de todas las víctimas. 2.2. Medidas de protección aplicables a la declaración de las víctimas con necesidades especiales de protección. 2.3. Medidas de protección aplicables a la declaración de las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección.*

1. La declaración de la víctima como fuente de victimización secundaria

Como es sabido, a la victimización primaria que sufre la víctima como consecuencia del delito (daños personales, patrimoniales y/o morales), habitualmente se le une la denominada «victimización secundaria», expresión acuñada para referirse a los daños o efectos nocivos, principalmente psicológicos, derivados de su contacto con el sistema procesal penal[1]; y que se ponen de manifiesto, en particular, a la hora de realizar determinadas actuaciones ante la instancias policiales o judiciales, tales como la necesidad de identificar al investigado o de reconstruir los hechos; la necesidad de asistir al juicio en el que en ocasiones recibe un trato agresivo por parte del abogado defensor; la lentitud de los

1. Sobre el concepto de «victimización secundaria», *vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm. 16, 2005, p. 266.

procesos judiciales; el indebido tratamiento informativo del caso; y, muy especialmente, al tener que soportar en diferentes momentos y ante diferentes instancias y personas reiterados interrogatorios, que le obligan a revivir la experiencia traumática sufrida, y en los que muchas veces se cuestiona su credibilidad.

A este respecto, cabe destacar que, conforme a una jurisprudencia consolidada, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, el testimonio de la víctima es prueba de cargo bastante para desvirtuar la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia de condena, en particular, en los delitos en que se aprovecha un ámbito de clandestinidad, cuando concurren los siguientes requisitos: a) *ausencia de incredibilidad subjetiva*, es decir, ausencia en la víctima declarante de un móvil de resentimiento, enemistad, ánimo de venganza u obtención de ciertas ventajas procesales; b) *verosimilitud*, esto es, que el testimonio de la víctima venga avalado por algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo sobre la existencia del hecho; y c) *persistencia y firmeza en la incriminación*, lo que implica que ésta ha de ser prolongada en el tiempo, sin incurrir en ambigüedades ni contradicciones, y que exista una conexión lógica entre las distintas partes del relato de la víctima[2]. Y, como apunta VILLACAMPA ESTIARTE, es precisamente esta trascendencia como prueba de cargo de la que se ha dotado a la declaración de la víctima, incluso la prestada por los menores de edad, su punto débil, ya que los efectos nocivos del contacto de la víctima con las instancias judiciales pueden alcanzar su máxima expresión cuando ésta es llamada a declarar como testigo. Se trata de un momento propicio tanto para que la víctima se sienta intimidada por el hecho de tener que declarar frente al juez o tribunal, como para que el abogado del investigado o acusado, en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa, intente hacer dudar al juzgador sobre la verosimilitud de tal testimonio. Por ello, la condición de víctima del declarante debe tomarse en consideración para dotar a su testifical de un régimen probatorio específico si se quiere evitar la tan temida victimización secundaria[3].

---

2. *Vid.*, entre otras, SSTS de 5 de febrero de 2007 (RJ 2007/1459); 2 de abril de 2007 (RJ 2007/2855); 13 de septiembre de 2007 (RJ 2007/6962); 20 de octubre de 2009 (RJ 2009/7781); 29 de junio de 2011 (RJ 2011/5227); 20 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1646); 14 de marzo de 2014 (RJ 2014/2024); 5 de febrero de 2015 (RJ 2015/328); 106/2018, de 2 de marzo (RJ 2018/2313); o 215/2018, de 8 de mayo (RJ 2018/1695). *Vid.*, asimismo, SSTC 64/1994, de 28 de febrero (RTC 1994/64); 16/2000, de 31 de enero (RTC 2000/16); 195/2002, de 28 de octubre (RTC 2002/195); 347/2006, de 11 de diciembre (RTC 2006/347); o ATC 175/2007, de 27 de febrero (RTC 2007/175).
Sobre estos requisitos, *vid.*, ampliamente, SIBONY, R.; SERRANO OCHOA, Mª.A.; REINA TORANZO, O., «La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género», *Noticias jurídicas. Artículos doctrinales*, 2011 (http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201104-23789125647522.html), pp. 5 a 9.

3. *Vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctima menor de edad y proceso penal…», op. cit., pp. 277 a 279.

Pese a ello, hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (EVD)[4], no existían en nuestro ordenamiento previsiones legales específicas reguladoras de las condiciones en las que se debía recibir declaración a la víctima, sino que ésta era llamada a declarar como un testigo más. Sólo se fueron contemplando de modo aislado y disperso algunas medidas tendentes a salvaguardar el bienestar del testigo, o de algunos tipos de testigos, como los menores de edad, y de las que por extensión se podía beneficiar, en su caso, el testigo-víctima, pudiendo destacarse las siguientes:

a. La exención del deber de declarar que se reconoce a los testigos que tengan con el investigado o acusado una determinada relación de parentesco (ascendientes, descendientes, cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la conyugal, hermanos consanguíneos o uterinos y colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil) (arts. 416.1 y 707.I LECrim).
b. La posibilidad de evitar la confrontación visual del testigo menor de edad con el investigado o acusado mediante la utilización de medios técnicos y audiovisuales (arts. 448 y 707 LECrim).
c. La prohibición general de celebrar careos con testigos menores de edad (arts. 455 y 713 LECrim); y de tomarles juramento o promesa de decir verdad a los testigos menores de 14 años (art. 433.II y 706 LECrim).
d. La posibilidad de practicar anticipadamente la prueba testifical en los supuestos previstos en los arts. 448.I, 777.2 y 797.2 LECrim.
e. La posibilidad de que la declaración del testigo se practique a través de videoconferencia, en los términos regulados en los arts. 325 y 731 bis LECrim.
f. Finalmente, las medidas previstas en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que sean aplicables en relación con su declaración en el proceso.

Tal situación parece cambiar con la aprobación del referido EVD, que, en palabras de su propio Preámbulo (apdo. III), «*tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos*»; y cuya finalidad es «*ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal*» (apdo. I).

4. Recordemos que con esta Ley se transpone a nuestro ordenamiento interno 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.

Como señala ARROM LOSCOS, se trata de una norma que, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, dota de nombre y contenido como tal al Estatuto de la víctima del delito, acabando con la situación de dispersión normativa, al regular sistemáticamente el conjunto de derechos, medidas y mecanismos de protección que asisten a las víctimas[5]; y destaca en ella la gran preocupación del legislador por preservar a las víctimas del daño añadido que a éstas les genera el contacto con las instancias policiales y judiciales, y en especial, el que se puede derivar de la necesidad de prestar declaración o testificar en el juicio.

Buena muestra de ello es que el art. 19 EVD, con el que se inicia el Título III (*«Protección de las víctimas»*), al proclamar genéricamente el *«Derecho de las víctimas a la protección»*, impone a las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar y proteger adecuadamente la vida, la integridad, la libertad, la seguridad, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad y la dignidad de la víctimas y de sus familiares, *«particularmente, cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio»*.

De tal proclamación ya se puede intuir, como veremos a continuación, que buena parte de las medidas de protección que se contemplan en los artículos siguientes del EVD, en función de las necesidades individualizadas de cada víctima, se dirigen a evitar la victimización secundaria o reiterada que puede sufrir ésta con ocasión de su declaración en el proceso.

2. Medidas de protección referidas a la declaración de la víctima conforme al EVD

A pesar de que, como se apuntó, el EVD tiene un carácter generalizador, dada su vocación de ser el catálogo general de los derechos de todas las víctimas de delitos, asume la existencia de diversas tipologías de víctimas en función de sus necesidades específicas de protección, que deben ser evaluadas individualmente conforme a lo previsto en los arts. 23 y 24 EVD. Esta evaluación individual implica, como señala SERRANO MASIP, que la protección no recae sobre estereotipos de víctimas, sino sobre personas concretas con problemas y necesidades específicos[6].

---

5. ARROM LOSCOS, R., «La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Riedpa.com, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, 2015, p. 14 (http://riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA31501.PDF).

6. SERRANO MASIP, M., «Medidas de protección de las víctimas», en De Hoyos Sancho, M. (Dir.), *La Víctima del Delito y las Últimas Reformas Procesales Penales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 140.

Los factores a tomar en consideración en esta evaluación individual son especialmente las características individuales de la víctima (su edad, existencia de alguna discapacidad, posible relación de dependencia con el investigado, especial vulnerabilidad), la naturaleza y circunstancias del delito, en particular, si se trata de delitos violentos, la gravedad de los perjuicios causados y el riesgo de reiteración delictiva (art. 23.2 EVD). Y, a partir del resultado de esta evaluación individual, que permite identificar y cuantificar los perjuicios que para una concreta víctima pueden derivarse del proceso, se aplicarán unas medidas de protección u otras, sistematizándose éstas en tres niveles diseñados tanto en función de la vulnerabilidad de las víctimas como de la potencialidad de las medidas para restringir los derechos procesales del investigado o acusado[7].

Así, en un primer nivel básico, se incluyen derechos y medidas de protección que le corresponden a cualquier víctima con independencia de su grado de vulnerabilidad; en el segundo nivel, se incluyen medidas que protegen más intensamente a la víctima, y correlativamente tienen mayor incidencia en los derechos procesales del encausado, por lo que solo se adoptan cuando se advierta que la víctima tiene necesidades especiales de protección; y, finalmente, en el tercer nivel, se incluyen las medidas previstas para las víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección; se trata de medidas que limitan todavía más los derechos procesales del encausado, pero que responden a la mayor predisposición de estas víctimas a sufrir perjuicios derivados de su participación en el proceso. La adopción de las medidas del segundo y tercer nivel está subordinada al resultado de la referida evaluación individualizada de la víctima.

2.1. Medidas de protección aplicables a la declaración de todas las víctimas

En este primer nivel de protección, el art. 21 EVD establece las condiciones en las que se debe recibir declaración a las víctimas durante la investigación penal, siempre que ello no perjudique la eficacia del proceso. Tal declaración ha de recibirse sin dilaciones injustificadas[8], el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal.

---

7. *Vid.*, Serrano Masip, M., «Medidas de protección de las víctimas…», op. cit., pp. 140 y 141.

8. Cabe destacar que, en este punto, el art. 21.a) EVD omite la referencia a la presentación de la denuncia que contenía el art. 20.a) de la Directiva. Por ello, debe entenderse que se le ha de recibir declaración a la víctima sin dilaciones injustificadas cualquiera que sea la forma en que se inicie la investigación penal.

Si bien se observa, los términos tan imprecisos empleados por el legislador en la definición de estas medidas llevan a pensar que estamos más bien ante una declaración de principios que ante un verdadero reconocimiento de derechos de la víctima. Además, su aplicación efectiva queda condicionada a que «*no perjudique la eficacia del proceso*», lo que constituye otro concepto jurídico indeterminado que deberá concretar en cada caso la autoridad encargada de la investigación, pudiendo apartarse en su caso de estas directrices. A tal efecto, señala SERRANO MASIP, que la decisión de la autoridad competente deberá fundarse en el principio de proporcionalidad, valorando hasta donde pueden restringirse los derechos de las víctimas en orden a lograr el éxito de la investigación penal[9].

A las citadas medidas se añade que, durante la declaración, la víctima podrá estar acompañada, además de por su representante procesal y en su caso por el representante legal, por una persona de su elección, salvo que el funcionario o autoridad encargada de la práctica de la diligencia acordase lo contrario de forma motivada para garantizar su correcto desarrollo (art. 21.c) EVD). Para el reconocimiento de este derecho, el apdo. 11 de la Disposición final primera del EVD modifica el art. 433 LECrim, disponiendo en su apartado tercero que este derecho solo se puede restringir por resolución motivada del Juez de Instrucción cuando sea necesario para garantizar el correcto desarrollo de la investigación.

2.2. Medidas de protección aplicables a la declaración de las víctimas con necesidades especiales de protección.

Si, tras la evaluación individual que se le realice conforme a los arts. 23 y 24 EVD, se advierte que la víctima presenta necesidades especiales de protección, además de las medidas anteriores, integradas en el estándar de protección básico, se le puede prestar una protección reforzada, que comprende las medidas previstas en el art. 25 EVD[10], que distingue entre medidas que se pueden adoptar en la fase de investigación y aquellas que se pueden adoptar en la fase de enjuiciamiento.

---

9. SERRANO MASIP, M., «Medidas de protección de las víctimas…», op. cit., p. 147.

10. TINOCO PASTRANA («El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección», *Processo penale e giustizia*, núm. 6, 2015, p. 10), echa en falta una mayor determinación legislativa de cuándo o cómo se adoptarán estas medidas, qué requisitos será necesario verificar o cuáles son sus límites y cómo se determinan los perjuicios relevantes para el desarrollo del proceso que permiten excluirlas, pues todo ello dificulta que las víctimas puedan exigir su adopción. Y añade que tal indeterminación no parece ser una mera consecuencia de una deficiente técnica legislativa, sino que más bien puede ser el resultado del coste económico que podrían tener algunas de estas medidas de protección.

Así, durante la fase de investigación, a la víctima se le debe recibir declaración en dependencias especialmente concebidas a tal fin (art. 25.1.a) EVD); y por profesionales, o con su ayuda, que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima (art. 25.1.b) EVD). Además, todas las tomas de declaración a una misma víctima han de realizarse por la misma persona (art. 25.1.c) EVD). Y, tratándose de víctimas de violencia de género, o de delitos contra la libertad o indemnidad sexual o de víctimas de trata con fines de explotación sexual, la toma de declaración se debe llevar a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando así lo solicite (art. 25.1.d) EVD). No obstante, la adopción de estas dos últimas medidas se excepciona cuando pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o se trate de una declaración que deba tomarse directamente por un Juez o un Fiscal.

A su vez, en la fase de enjuiciamiento, se pueden adoptar medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba (art. 25.2.a) EVD)[11], así como medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas (art. 25.2.b) EVD)[12], pudiendo hacerse uso a estos efectos de las tecnologías de la comunicación y, en particular, de la videoconferencia[13].

Como señala SERRANO MASIP, estas medidas de protección contempladas en el EVD se deben implementar conforme a los presupuestos, requisitos y trámites previstos en la LECrim, cuyos preceptos se deben interpretar a la luz de la juris-

---

11. Conforme al art. 25.2.II EVD, esta medida también se podrá adoptar durante la fase de investigación.

12. Ya con anterioridad al EVD, y tratándose de la declaración testifical de víctimas menores de edad, VILLACAMPA ESTIARTE («Víctima menor de edad y proceso penal…», op. cit., pp. 281 a 284) analizaba hasta cuatro posibilidades para evitar la confrontación visual entre el testigo y el inculpado, prevista en los arts. 448.III y 707.II LECrim (introducidos por la LO 14/1999, de 9 de junio). En primer lugar, aun hallándose ambos en la sala, tal confrontación visual podía evitarse introduciendo algún elemento que impidiese que el testigo-víctima entrase en el campo de visión del acusado (v. gr., un biombo). También podía conseguirse si el testigo-víctima se hallase fuera de la sala de vistas y prestase declaración a través de un sistema de interfono o un circuito cerrado de televisión, siempre que se permita que el tribunal pueda ver la declaración y se asegure al abogado defensor la posibilidad de interrogar al testigo. En tercer lugar, aunque menos frecuente, la confrontación visual también se puede evitar hallándose el testigo en la sala de vistas y el acusado fuera de la misma, siempre que se garantice la contradicción, permitiendo a éste que siga la declaración desde un lugar anejo mediante algún artificio técnico que permita la escucha, y asegurándole un contacto directo con su abogado defensor. Finalmente, el contacto visual entre el testigo-víctima y el inculpado también se podría evitar mediante la práctica anticipada de la testifical de aquél. No obstante, como apunta la autora, esta última posibilidad planteaba un problema de compatibilidad con la doctrina de la prueba anticipada, con la interpretación que de sus requisitos ha efectuado la jurisprudencia del TS, así como su posible contradicción con el tenor del art. 730 LECrim. Tales escollos hacían difícilmente imaginable en aquel momento la sustitución de la declaración del testigo-víctima en el acto de la vista por la prestada con anterioridad, practicada con todas las garantías, y debidamente grabada en un soporte que permita la reproducción de imagen y sonido en la vista, si antes no se operaba la correspondiente reforma del régimen de la prueba anticipada.

13. Para la implementación de estas medidas de protección los apdos. 12 y 19 de la Disposición final primera del EVD modifican los arts. 448 y 707 LECrim, respectivamente, que contemplan la adopción de esta medida, de modo específico, con ocasión de la declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección.

prudencia de nuestros tribunales que establece el sentido y alcance de los principios de inmediación, contradicción y publicidad que informan la fase de plenario del proceso penal. Y, en este sentido, ya aventura que la entrada en vigor del EVD va a suponer el espaldarazo definitivo a la utilización generalizada de la videoconferencia no solo a favor de una mayor protección de las víctimas, sino de la mejor administración de justicia[14]. Y para ello se apoya en lo dispuesto en la STS 161/2015, de 17 de marzo[15]. Esta sentencia parte de la jurisprudencia constitucional conforme a la cual la videoconferencia sigue constituyendo un medio subsidiario o excepcional de práctica del interrogatorio de testigos, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de una causa justificada, legalmente prevista (a saber, razones de utilidad, seguridad o de orden público o cuando la comparecencia en la sede del órgano jurisdiccional resulte gravosa o perjudicial y, especialmente, cuando se trate de un menor: art. 731 bis LECrim)[16]. Pero, además de destacar la reiterada jurisprudencia del TS que reconoce que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción de la prueba[17], explica cuál es el sentido que se le debe dar al término «*utilidad*» como causa que justifica el uso de la videoconferencia, afirmando que, pese a que la LECrim no contiene ningún criterio de valoración de esta «utilidad», en una lectura contextual, cabe entender que «*tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudirse a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables*»[18]; y añade que «*el ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peri-*

---

14. Serrano Masip, M., «Medidas de protección de las víctimas…», op. cit., pp. 155 y 156.

15. *Vid.* STS 161/2015, de 17 de marzo, Ponente: Manuel Marchena Gómez (RJ 2015/2795).

16. En el párrafo quinto del apdo. D) de su fundamento jurídico segundo, señala los siguiente: «*El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 120/2009, 18 de mayo de 2009 (RTC 2009, 120), FJ 6 º y 2/2010, 11 de enero (RTC 2010, 2), FJ 3º ha proclamado que, si bien es cierto que «en nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de inmediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», no es menos cierto que «cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista».*

17. En el párrafo cuarto del apdo. D) de su fundamento jurídico segundo, señala que, «*Sobre su incidencia en relación con los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, hemos reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción (cfr. SSTS 641/2009, de 16 de junio (RJ 2009, 6648); AATS 961/2005, de 16 de junio de 2005 (JUR 2005, 160903); 1301/2006, de 4 de mayo de 2006 (JUR 2006, 178176); 1462/2006, de 21 de junio de 2006 (JUR 2006, 191120); SSTS 957/2006, de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 7103); 1351[sic]/2007, de 5 de enero de 2007 (RJ 2007, 279)). El ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 7576), subraya que el interrogatorio de testigos mediante videoconferencia no vulnera los derechos de contradicción e inmediación de la prueba, "sino lo contrario"».*

18. *Vid.*, párrafo séptimo del apdo. D) del fundamento jurídico segundo de la STS 161/2015, de 17 de marzo.

tos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad»[19].

Otra de las medidas que se integran en este segundo nivel de protección es la de evitar que, tanto en la fase de investigación como en la de enjuiciamiento, se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima (art. 25.2.c) EVD). Esta medida ha dado lugar a la modificación del art. 709 LECrim, el cual, dada la trascendencia que la misma puede tener para el derecho de defensa del acusado, exige que la decisión de impedir que se formulen a la víctima tales preguntas, o que ésta las conteste en caso de que sean formuladas, se plasmará en la correspondiente resolución judicial, contra la que podrá interponerse en su momento recurso de casación, si se hiciese en el acto la oportuna protesta, que constará en el acta junto con la pregunta o repregunta que se haya prohibido contestar.

Conforme al art. 25.2.d) EVD, como medida de protección de la víctima, el Juez o el Presidente del Tribunal también podrá acordar la celebración de la vista oral sin presencia de público; aunque, en tal caso, podrá autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. Esta medida se concreta en el art. 681.1 LECrim, que permite adoptarla de oficio o a instancia de parte, y previa audiencia de las partes; pudiendo consistir la misma en que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio oral se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que podrían derivarse para ellas del desarrollo ordinario del proceso. Ahora bien, tal restricción no podrá ser aplicada al Ministerio Fiscal, a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, al acusador privado, al actor civil y a los respectivos defensores.

Finalmente, el art. 25.3 EVD dispone que, para la protección de las víctimas, también se puede acordar la adopción de alguna o algunas de las medidas referidas en el art. 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (LOPTPCC). De ellas, las que pueden resultar procedentes con ocasión de la declaración de la víctima serían la de ocultar en las diligencias, al menos durante la fase de investigación, su

19. *Vid.*, *Vid.*, párrafo primero del apdo. E) del fundamento jurídico segundo de la STS 161/2015, de 17 de marzo.

nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, o cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación (testigo anónimo); y la de utilizar en sus comparecencias cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal (testigo oculto).

No obstante, como apunta SERRANO MASIP, esta remisión que el art. 25.3 EVD hace a las medidas previstas en el art. 2 LOPTPCC genera incertidumbre acerca de si tales medidas se hallan condicionadas por la concurrencia de los presupuestos previstos en el art. 1.2 LOPTPCC (a saber, que «*la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos*») o si tales presupuestos pueden ser sustituidos por la consideración de que la víctima es una persona con necesidades especiales de protección apreciada en su evaluación individual *ex* art. 23 EVD. A juicio de la autora, puesto que tales medidas comportan una restricción muy importante del derecho de defensa del encausado, pues anula sus posibilidades de contradecir la veracidad del testimonio y la credibilidad del testigo, es razonable inferir que su adopción ha de estar motivada por la existencia de un peligro grave de probables presiones o represalias para la víctima o sus allegados[20].

2.3. Medidas de protección aplicables a la declaración de las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección.

Cuando las víctimas del delito sean menores de edad o personas con discapacidad, que presenten necesidades especiales de protección puestas de manifiesto por el resultado de su evaluación individualizada, además de las medidas de protección analizadas anteriormente, podrán beneficiarse de las medidas específicas y reforzadas previstas en el art. 26.1 EVD, tendentes a evitar que sus declaraciones e interrogatorios se conviertan para ellas en una nueva fuente de perjuicios.

La primera de estas medidas consiste en la grabación por medios audiovisuales de las declaraciones prestadas por la víctima durante la fase de investigación para que puedan ser reproducidas en el juicio oral, a fin de que no tenga que volver a declarar. Pero la adopción de tal medida queda limitada a «*los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal*», por cuanto

20. SERRANO MASIP, M., «Medidas de protección de las víctimas…», op. cit., pp. 156 y 157.

supone convertir dicha declaración en una prueba testifical anticipada. Y, a tal efecto, se modificaron los arts. 433 y 730 LECrim.

Conforme al primero de los citados preceptos, en estos casos, la grabación de la declaración por medios audiovisuales deja de ser facultativa, como lo era hasta ahora, y pasa a ser obligatoria *(«El juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales»)* (art. 433.V LECrim). Además, en la medida de lo posible, el Juez debe garantizar que la declaración de la víctima menor de edad o con discapacidad durante la fase de investigación se lleve a cabo con pleno respeto al principio de contradicción, disponiendo *«lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar o de pedir aclaraciones a la víctima»* (art. 433.IV LECrim)[21]. En este sentido, se mantiene la doctrina que ya se recogía en la STC 174/2011, de 7 de noviembre, según la cual, la defensa ha de tener la posibilidad de presenciar la exploración de la víctima y dirigirle directa o indirectamente (a través de experto) las preguntas o aclaraciones que estime precisas para su defensa, bien en el momento de realizar la exploración, bien en un momento posterior[22]. En otro caso, tal declaración sería una mera diligencia de investigación y, *a priori*, la víctima tendría que acudir de nuevo a declarar al juicio oral[23].

---

21. La ubicación de estas disposiciones en el art. 433 LECrim ha sido criticada por Arrom Loscos («La declaración del menor víctima en el proceso penal…», op. cit., p. 42), por entender que con ellas se está introduciendo un tercer supuesto de prueba anticipada (el de imposibilidad legal), por lo que deberían incluirse en el art. 448 LECrim, que es el que regula dicha modalidad anticipatoria de la prueba.

22. *Vid.*, STC 174/2011, de 7 de noviembre (RTC 2011/174), en la que se declara que *«la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso»*. En el mismo sentido, *vid.*, STC 57/2013, de 11 de marzo (RTC 2013/57) y SSTS 19/2013, de 9 de enero (RJ 2013/4382) y 132/2018, de 20 de marzo (RJ 2018/1629).

23. *Vid.*, Arrom Loscos, R., «La declaración del menor víctima en el proceso penal…», op. cit., p. 43. En este sentido, la STS 357/2014, de 16 de abril (RJ 2014/2634), declaraba que *«Hubiese sido aconsejable que el contenido de la declaración de la menor hubiese sido grabada en forma adecuada, para que tal bagaje entrase en el plenario y pasase a conocimiento de las partes. Es buena práctica esa forma de operar alentada tanto desde el ámbito jurídico, como desde el mundo de la psicología forense, hasta el punto de propugnarse que la declaración de la víctima menor en el plenario pueda ser sustituida por la reproducción de esa grabación; siempre, claro está, que la diligencia en la fase de instrucción haya sido dotada de las notas de contradicción, judicialidad y demás garantías, con todas las peculiaridades exigidas por la naturaleza de tal actuación (interacción con la menor víctima solo a través de los profesionales; presencia no advertida por la misma...) que han de adornar cualquier prueba con vocación de fundar una acusación y una eventual sentencia condenatoria basado además en otros elementos probatorios»*.

A su vez, el art. 730 LECrim se ha modificado para añadir un inciso en el que se contempla expresamente la posibilidad de reproducir en el juicio oral, a instancia de cualquiera de las partes, las declaraciones recibidas durante la fase de investigación, y en las referidas condiciones, a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, evitando así que tengan que declarar de nuevo en el juicio oral[24]. En el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, la modificación de este precepto se justificaba señalando que «*Razones victimológicas y epistemológicas aconsejan que la declaración prestada durante la fase de investigación judicial en un contexto de preconstitución probatoria, con intervención de expertos, bajo la directa dirección y supervisión judicial, con la presencia de todas las partes, aunque sin confrontación visual con el menor, pueda utilizarse para evitar una nueva declaración del menor en el acto del juicio oral aunque sea en condiciones de no confrontación visual con el acusado. En estas condiciones, no sería necesaria una declaración del menor en el acto del juicio oral, pues la misma sería sustituida por el visionado de la grabación de la entrevista realizada en fase de investigación complementada con otras pruebas*»[25].

La segunda de las medidas de protección contempladas en el art. 26.1 EVD consiste en la posibilidad de que a estas víctimas se les reciba declaración por medio de expertos. Esta medida también se desarrolla en el art. 433.IV LECrim, que, por una parte, subordina su adopción a que la misma se estime necesaria para evitarle graves perjuicios a la víctima a la vista de su falta de madurez, evidenciada en su evaluación individual; y, por otra, matiza que la intervención del experto puede consistir en que sea él quien directamente explore o le formule a la víctima las preguntas que le trasladen las partes. Además, dicha medida se puede complementar con la exclusión o limitación de la presencia de las partes en el lugar de exploración de la víctima.

Finalmente, y relacionado con el derecho de la víctima a estar acompañada en aquellas diligencias en las que deba intervenir, además de por su representante legal, por una persona de su elección, el art. 26.2 EVD prevé la designación de un defensor judicial a las víctimas menores de edad o con capacidad judicialmente modificada, en los siguientes casos:

---

24. Cabe señalar el error del legislador al referirse en este art. 730 LECrim a las declaraciones recibidas «*de conformidad con lo dispuesto en el art. 448*», cuando en realidad, como hemos señalado, las condiciones en que se han de prestar dichas declaraciones se contemplan en el art. 433 LECrim.

25. *Vid.*, CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, (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), p. 44.

a. Cuando los representantes legales de la víctima tengan con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.
b. Cuando tal conflicto de intereses exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima.
c. Cuando la víctima no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

11 | Cesión y utilización de datos personales en el ámbito de la Orden Europea de Investigación

María Elena Laro González
Investigadora Contratada Predoctoral del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Evolución de la normativa europea sobre el principio de disponibilidad en la obtención, cesión y uso de datos personales en el proceso penal. 2. El principio de disponibilidad en el tratamiento de datos personales en el proceso penal. 3. Principio de disponibilidad de datos personales y Orden Europea de Investigación. 4. A modo de conclusión.

1. Evolución de la normativa europea sobre el principio de disponibilidad en la obtención, cesión y uso de datos personales en el proceso penal

En el análisis del presente estudio se tratará la regulación del tratamiento de los datos personales de las personas físicas y su afección a las libertades y derechos fundamentales de las personas, así como la intrínseca relación entre la tecnología y el continuo intercambio de datos personales.[1] Podemos afirmar que el intercambio de datos personales está adquiriendo una dimensión que, en multitud de ocasiones, escapan de nuestra voluntad, vulnerando nuestros derechos fundamentales a la intimidad y a la vida privada. En el ámbito de la cooperación policial y judicial penal este intercambio de información puede favorecer la prevención de delitos así como la persecución de los mismos. Ante esta nueva realidad impuesta por la tecnología se hace necesario que se salva-

1. En referencia a la influencia que ejerce la tecnología sobre los datos personales se pronuncia el Considerando 3 de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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.

guarden los derechos y libertades de los ciudadanos, así como la regulación de la transferencia de datos personales que puedan ayudar a la intervención policial y judicial en las actuaciones de las organizaciones criminales. Nos encontramos ante el complejo equilibrio entre la protección de la intimidad personal y protección de los datos personales y la injerencia en los derechos fundamentales desde el punto de vista de la prevención e investigación de hechos delictivos[2].

En síntesis, el derecho a la protección de datos de carácter personal de las personas físicas se encuentra recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), en su artículo 8, apartado 1, así como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), en su artículo 16, apartado 1. En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra recogido en el artículo 18 de la Constitución Española (en adelante, CE).

En el seno del Programa de la Haya[3], la Comisión presentó una comunicación[4] donde se establecían diez prioridades, en el plazo de 5 años, en el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia (en adelante, EELSJ). En el apartado 7 se hace referencia a la protección del derecho a la intimidad cuando se produce un intercambio de información, así como al principio de disponibilidad[5], señalando lo siguiente:

> «*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*».

Ya se apuntaba a garantizar el equilibrio entre el intercambio de información concerniente a los datos personales y la salvaguarda de los derechos más fundamentales.

---

2. González Cano, María Isabel, «*Cesión y tratamiento de datos personales, principio de disponibilidad y cooperación judicial penal en la Unión Europea*», en *Datos personales entre procesos penales y procedimientos sancionadores o tributarios en España y la Unión Europea* (Dir. por Colomer Hernández), Aranzadi Thomson Reuters, 2017, pp. 41 y ss.

3. En materia penal hay que destacar que el intercambio de datos personales ya se contempló en el Programa de Tampere (octubre 1999).

4. COM 2005 184 final, 10.05.2005, 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.

5. Sobre la evolución del principio de disponibilidad, Fiodorova, Anna, «*La transmisión de información personal y datos personales en la Unión Europea para fines de investigación de delitos*», VVAA (Dir. por Colomer Hernández), en *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea*, Aranzadi, 2015, pp. 126 y ss.

En esta comunicación se contempla este intercambio de datos como una medida para la lucha contra el terrorismo, que tan cruelmente ha azotado a Europa, especialmente los atentados de Madrid y Londres, así como un medio de cooperación entre autoridades de distintos Estados. En este sentido, se buscó facilitar la cooperación entre autoridades mediante el intercambio de datos personales, introduciéndose el principio de disponibilidad. Tal como se contempla este principio en el programa de La Haya[6], «*las autoridades de un Estado miembro pondrán a disposición de las autoridades de otro Estado miembro la información que necesiten a efectos represivos, bajo ciertas condiciones. La Comisión presentará propuestas con este fin, entre ellas la posibilidad de consultar recíprocamente las bases de datos de los Estados miembros*».

El Programa de La Haya estableció como fecha límite para la implementación de este principio el 1 de enero de 2008. Desde entonces hasta la actualidad se han desarrollado una serie de normativa que han facilitado el intercambio de datos entre autoridades.

En este sentido, la DM 2008/977/JAI (en adelante, DM)[7] es el instrumento que viene a consagrar el principio de disponibilidad. Como se dispone en su artículo 1, el objeto de la DM es garantizar un alto nivel de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y en particular su derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Principalmente, surge ante la necesidad de regulación del principio de disponibilidad. Igualmente, procedió a la regulación del tratamiento posterior de los datos cedidos, así como su conservación y posterior transmisión a particulares. En definitiva, viene a establecer un cuerpo de normas comunes del tratamiento de los datos personales en el marco de la cooperación policial y judicial penal[8].

No obstante, debemos detenernos brevemente en los motivos por los cuales la DM no funcionó ni llegó a consagrarse como norma de referencia en esta materia. En primer lugar, su ámbito de aplicación era limitado ya que su extensión se circunscribía al intercambio de datos personales entre diferentes Estados, pero no se hacía referencia al intercambio de datos en el ámbito nacional (entre autoridades de un mismo Estado)[9]; En segundo lugar, tampoco se mostró

---

6. *Vid*. nota 4.

7. Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. DOUE L 350, de 30 de diciembre de 2008.

8. En relación a los logros conseguidos por la DM, se detalla exhaustivamente en *cfr.* González Cano, María Isabel, «*Cesión y tratamiento de datos personales…*, *op.cit.* pp. 41 y ss.

9. En la materia que nos ocupa, tiene una especial relevancia el Tratado de Prüm, el cual se concluyó el 27 de mayo de 2005, entre siete Estados miembros (Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria),

una regulación armonizada que paliara las diferencias existentes entre los Estados miembros. Por último, se daba la ausencia absoluta del principio de especialidad y, además se daba la circunstancia, que el artículo 11 de la DM admitía la utilización de datos para fines distintos de los que originaron la transmisión de los mismos. Sobre la ausencia de regulación del principio de especialidad se pronuncia GONZÁLEZ CANO afirmando que «*esta posibilidad de que el Estado cesionario utilice los datos obtenidos para otros fines y para la investigación y enjuiciamiento de otros delitos, directamente relacionados o no con aquellos para cuya investigación y enjuiciamiento se cedieron, aunque parece responder al principio de proporcionalidad y necesariedad, sin embargo desconoce el principio de especialidad, lo que conlleva un grave déficit de garantías para el sujeto sospechoso o acusado, y, además, puede dar lugar a graves reticencias por parte del Estado cedente*»[10].

En cuanto al camino marcado por la jurisprudencia, cabe destacar que la posición que ha tomado el TJUE respecto a este principio se estableció en su primera sentencia de 8 de abril de 2014, la cual resolvió cuestiones prejudiciales acumuladas por la Corte Suprema de Irlanda y la Corte Constitucional de Austria[11]. La cuestión a examen versaba sobre la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones, en base a los artículos 7, 8 y 11 de la CDFUE. El Tribunal declaró que el derecho a la protección de datos es un derecho inviolable, y sólo permite su injerencia cuando venga regulado por ley o en aquellos supuestos de seguridad nacional, considerando en el presente supuesto que la Directiva 2006/24/CE era incompatible con lo previsto en la CDFUE y, por tanto, afectaba a los derechos a la protección de datos y a la intimidad[12].

Por otro lado, cabe resaltar la STJUE de 21 de diciembre de 2.016[13], que también resolvió cuestiones prejudiciales acumuladas, siendo objeto de análisis el artículo 15.1 de la Directiva 2002/58/CE, 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. El TJUE expone que no puede imponerse a los Esta-

---

entrando en vigor en España el 1 de noviembre de 2006. El Tratado pretende reforzar la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. Asimismo, se prevé el intercambio de datos en materia de ADN, datos dactiloscópicos, registros de matriculación de vehículos. Sobre el análisis del Tratado Prüm, DE HOYOS SANHO, Montserrat, «*Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos*», VVAA (dir. por ARANGÜENA FANEGO, Coral), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal,* Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 152 y ss.

10. *Cfr.* GONZÁLEZ CANO, María Isabel, «*Cesión y tratamiento de datos personales…*, *op.cit.* pp. 41 y ss.

11. Asuntos C-293/12 y C-594/12.

12. *Cfr.* GONZÁLEZ CANO, María Isabel, «*Cesión y tratamiento de datos personales…*, *op.cit.* pp. 41 y ss.

13. Asuntos C-203/15 y C-698/15.

dos la obligación de conservación generalizada de los datos de carácter personal. Consideramos que esta conservación generalizada se contrapone al principio de especialidad. En nuestro ordenamiento es el artículo 588 octies LECRIM el que regula la orden de conservación de datos, desprendiéndose del mismo la «concreción» de los datos o informaciones que se pretendan conservar.

Finalmente, la STJUE de 2 de octubre de 2018 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 instructor.

En el presente supuesto, la cuestión litigiosa se centra si la gravedad del delito cometido es suficiente para habilitar a 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, con 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, por tanto, no permiten extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de los afectados. Así, concluye el TJUE que la injerencia en los derechos fundamentales está justificada con fundamento en la prevención, investigación, descubrimiento y persecución delictiva.

Posteriormente, con motivo de las deficiencias que tenía la DM 2008/977/JAI, así como la necesidad de adaptación a las nuevas tecnologías[14], surge 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)16[15]. Por otro lado, se regula por el Reglamento (UE)

14. Pillado González, Esther, «*Difícil equilibrio entre seguridad y salvaguarda del derecho a la protección de datos personales*», en VVAA (Dir. por González Cano, María Isabel) *Integración europea y justicia penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 515 y ss.

15. DOUE L 119/89, de 4 de mayo de 2016.

2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril 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/CE (Reglamento general de protección de datos)[16].

En aras de superar estas deficiencias, la Directiva 2016/680 opta en su considerando 15 por establecer un sistema de normas armonizadas, sin exclusión de la aproximación de legislaciones de los Estados miembros[17]. Todo ello sin perjuicio de que los Estados puedan establecer un sistema mayor de garantías para la protección de los derechos y libertades del interesado.

En relación al objeto de la Directiva, tiene como finalidad establecer las normas relativas a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales, *con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales,* incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública. Esta protección opera desde una doble vertiente: por un lado, con el fin de proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas; y por otro, garantizando el intercambio de datos personales.

2. El principio de disponibilidad en el tratamiento de datos personales en el proceso penal

Ante las deficiencias mostradas por la DM a la que hemos hecho referencia y siguiendo los pasos marcados por la jurisprudencia del TJUE, sin dejar al margen el continuo cambio tecnológico y la necesidad de adaptación, se promulga la Directiva 2016/680.

En este contexto se hace necesario facilitar la libre circulación de datos personales entre las autoridades competentes con fines de prevención, investiga-

16. DOUE L 119/88, de 4 de mayo de 2016.

17. Establece la Directiva 2016/680, considerando 15: «*A fin de garantizar el mismo nivel de protección de las personas físicas a través de derechos jurídicamente exigibles en toda la Unión y evitar divergencias que dificulten el intercambio de datos personales entre las autoridades competentes, la presente Directiva debe establecer normas armonizadas para la protección y la libre circulación de los datos personales tratados con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para la seguridad pública. La aproximación de las legislaciones de los Estados miembros no debe debilitar la protección de datos personales que ya se ofrece, sino que, por el contrario, debe tratar de garantizar un alto nivel de protección dentro de la Unión. No se debe impedir a los Estados miembros que ofrezcan garantías mayores que las establecidas en la presente Directiva para la protección de los derechos y libertades del interesado con respecto al tratamiento de sus datos personales por parte de las autoridades competentes*».

ción, detección o enjuiciamiento en el ámbito de la cooperación penal[18] y como apunta González Cano para «*la creación y fortalecimiento del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, aunque siempre en un marco sólido y coherente de protección y de garantías adecuadas y efectivas de los titulares de los datos personales*»[19].

En referencia al ámbito de aplicación, aunque lo amplía respecto a la DM, también tiene un alcance limitado pues en su considerando 14 establece que no se aplica al tratamiento de datos personales en el marco de una actividad que no esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, exceptuándose, así, aquellas actividades de tratamiento de datos relacionadas con la seguridad nacional. Aunque si hace extensiva, acertadamente, su aplicación al tratamiento de datos que se produzcan entre Interpol y los Estados Miembros.

En lo relativo a las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, se establece en el artículo 35 los principios generales que deben regir las transferencias de datos personales, siendo las siguientes:

a) que la transferencia sea necesaria a los fines establecidos en el artículo 1, apartado 1;
b) que los datos personales se transfieran a un responsable del tratamiento de un tercer país u organización internacional que sea una autoridad pública competente a los fines mencionados en el artículo 1, apartado 1;
c) que en caso de que los datos personales se transmitan o procedan de otro Estado miembro, dicho Estado miembro haya dado su autorización previa para la transferencia de conformidad con el Derecho nacional;
d) que la Comisión haya adoptado una decisión de adecuación con arreglo al artículo 36 o, a falta de dicha decisión, cuando las garantías apropiadas se obtengan o existan de conformidad con el artículo 37 o, a falta de una decisión de adecuación en virtud del artículo 36 y de las garantías apropiadas de conformidad con el artículo 37, se apliquen excepciones para situaciones específicas de conformidad con el artículo 38, y
e) que sean considerados debidamente todos los factores pertinentes, entre estos la gravedad de la infracción penal, la finalidad para la que se transfirieron inicialmente los datos personales y el nivel de protección de los datos personales existente en el tercer país u organización internacional a los que se transfieran ulteriormente los datos personales.

---

18. Considerando 4º de la Directiva 2016/680.

19. *Cfr.* González Cano, María Isabel, «*Cesión y tratamiento de datos personales…*, *op.cit.* pp. 41 y ss.

De otro modo, el artículo 4 de la Directiva 2016/680 hace referencia a los principios rectores al tratamiento de datos personales, considerando que los datos personales deberán ser:

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.

En el apartado 2 del artículo 4 se permite el tratamiento autorizado de dichos datos para fines distintos de aquel para el que se recojan, siempre que el responsable del tratamiento esté autorizado, y con sujeción a los principios de necesidad y proporcionalidad[20]. Consideramos este precepto como una clara manifestación del principio de disponibilidad.

3. Principio de disponibilidad de datos personales y Orden Europea de Investigación

La disponibilidad de los datos personales, con sujeción a los principios de especialidad, necesidad y proporcionalidad, van a incidir directamente en el resultado de la prueba dentro del proceso penal, teniendo como consecuencias la licitud o ilicitud de la misma si se produce con injerencia en los derechos fundamentales a la protección de datos.

---

20. Rodríguez-Medel Nieto, Carmen, «*La directiva 2016/680 relativa a la protección de las personas físicas en el tratamiento de sus datos personales para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales*» VVAA (Dir. Arangüena Fanego, Coral y De Hoyos Sancho, Montserrat) en *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 381 y ss..

En la Directiva 2014/41/UE[21] (en adelante, DOEI) se contempla expresamente, en su considerando 40, la protección de los datos personales: «*La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. De conformidad con el artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16, apartado 1, del TFUE, toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan*».

Asimismo, en el considerando 42 se hace referencia al uso de los datos personales cuando obedezcan a los principios de necesidad y proporcionalidad, disponiéndose lo siguiente: «*Los datos personales obtenidos en virtud de la presente Directiva deben procesarse solo cuando sea necesario y ser proporcionados para fines compatibles con la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos, la aplicación de sanciones penales y el ejercicio de los derechos de la defensa. Solo personas autorizadas deben tener acceso a información que contenga datos de carácter personal que puedan conseguirse a través de procesos de autenticación*». De este modo, el artículo 20 de la DOEI regula expresamente la protección de los datos personales de los investigados.

Del mismo modo, la LRMRP dedica el art. 193 a la utilización de los datos personales obtenidos en la ejecución de una OEI en otro Estado miembro, esto significaría que España ocuparía la posición de Estado de emisión.

La cuestión es compleja respecto al modo en que se recabe la prueba y cabe cuestionarse si los datos personales transferidos como consecuencia de una medida de investigación cumplen los principios de exclusividad, especialidad, idoneidad, necesidad, y proporcionalidad y si entran en colisión con un derecho fundamental.

En atención a estos principios, la LECRIM dispone en su artículo 588 bis a) y siguientes:

— Principio de exclusividad: se necesitará autorización judicial para la práctica de la medida de investigación a la que nos estamos refiriendo.
— Principio de especialidad: Exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto.
— Principio de idoneidad: Servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.
— Principio de necesidad: cuando no estén a disposición otras medidas menos gravosas; o cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho

21. Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, DOUE 130, sin que resulte de aplicación a Dinamarca e Irlanda.

investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

— Principio de proporcionalidad: que el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros.

En base a lo expuesto, y desde el punto de vista del principio de especialidad, cabe destacar como relevante la Sentencia número 116/2017, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 23 de febrero, donde se condena al Sr. Falciani por delito fiscal, dándose valor probatorio, es decir, constituyendo prueba de cargo, a los documentos bancarios y ficheros contables, a pesar de haberse obtenido ilícitamente. Concluye el Tribunal Supremo que «l*a finalidad disuasoria que está en el origen de la exclusión de la prueba ilícita no alcanzaba a Herve Falciani, que sólo veía en esa información una lucrativa fuente de negociación. En definitiva, no se trataba de pruebas obtenidas con el objetivo, directo o indirecto, de hacerlas valer en un proceso. Su incorporación a la causa penal abierta en el Juzgado de instrucción de Alcobendas que investigó a Sixto D.C. «no guarda conexión alguna —ni directa ni remota— con la vulneración de los datos personales que protegían a los evasores fiscales».*

Esta sentencia está sirviendo de precedente, así como de fundamento a otras dictadas por los Tribunales españoles, en concreto a la Audiencia Nacional, en su sentencia 20/2018, de 16 de mayo, donde se recoge expresamente que «*la STS 116/2017, de 23/02/2017 (Sentencia Falciani), en la medida que llega más lejos, por cuanto que valida la disponibilidad de archivos informáticos obtenidos clandestinamente, ayuda a corroborar la licitud de las grabaciones que venimos examinando».*

En este punto, cabe cuestionarse si, en virtud de la sentencia expuesta, se ha respetado el equilibrio entre protección del derecho a la intimidad y el intercambio de información entre Estados y su posterior utilización en otra causa penal por distintos delitos y sujetos. Merece una reflexión profunda si la mencionada condena, basada en prueba de cargo obtenida de forma ilícita, ha respetado los principios de disponibilidad y especialidad, así como lo dispuesto en el artículo 588 bis a) de la LECRIM.

En consecuencia, se valida la disponibilidad de los datos aunque se hayan obtenido ilícitamente. Objeto de reflexión sería si la balanza debe inclinarse ante la «incriminación del delincuente», aunque la prueba se haya obtenido de forma ilícita, y al margen de lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPJ, o, si por el contrario debe prevalecer la protección de los derechos fundamentales. En nuestra modesta opinión, este camino marcado por la jurisprudencia podría

dar lugar a excesos en la forma de obtener pruebas a la hora de conseguir la condena del delincuente, pues se está avalando la famosa frase que «el fin justifica los medios», con vulneración flagrante de derechos constitucionales.

Por otro lado, en el marco de la obtención de datos personales consideramos que, en primer lugar, y en el marco de la OEI debe aplicarse el doble control de legalidad y proporcionalidad previsto tanto por la Directiva como por la Ley[22] que la implementa. De igual modo, para el supuesto que en la mencionada transmisión de datos se averigüen indicios racionales de distinto delito para el que fue acordada la medida, cabría cuestionarse si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 588 bis a) de la LECRIM y si resulta válida su incorporación a otro proceso. Por ello, consideramos que la transmisión de datos con fines indagatorios de hechos delictivos y la consecuente persecución no debe producirse sin sujeción a control, con el mero fin de conseguir la incriminación del delincuente, pues podríamos encontrarnos en la esfera de la vulneración de los derechos más personales de los que goza una persona.

En referencia a lo expuesto ut supra, se pronuncia al respecto Gómez Colomer afirmando que «*las perspectivas de un riesgo más elevado de práctica de pruebas prohibidas son muy reales con la aprobación en España de determinados actos de investigación basados en la utilización de los más modernos medios tecnológicos*»[23].

A tenor de la problemática planteada, sale a la luz si debemos ponderar la práctica probatoria, aunque se haya obtenido ilícitamente, en aras de obtener una sentencia condenatoria del delincuente, o si por el contrario debe prevalecer un modelo más garantista donde se salvaguarde el derecho a la intimidad, o cualquier otro derecho fundamental, como consecuencia de la ilicitud probatoria. A la problemática, se añade que la DOEI ha dejado en manos de los Estados miembros la regulación sobre las reglas de exclusión probatoria, cuestión que deviene poco acertada dada las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro. ¿significa que la UE homogeneizará en un futuro más o menos próximo las reglas de admisibilidad de la prueba transfronteriza?

En relación a la armonización de normas probatorias, tenemos que traer a colación las dos propuestas existentes que versan sobre la prueba electrónica, concretamente la Propuesta de Reglamento sobre la entrega de prueba elec-

---

22. Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

23. Gómez Colomer, Juan Luis y Planchadell Gargallo, Andrea, «*Prueba prohibida*», VVAA (dir. por González Cano, María Isabel), «*La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 427 y ss.

trónica en el proceso penal[24], así como la conservación de la misma. Al respecto resulta interesante la referencia que hace la propuesta a la armonización de normas en la materia, estableciendo concretamente que *«la propuesta aclara las normas de procedimiento y las salvaguardias aplicables al acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas, pero no llega a armonizar las medidas nacionales. Se limita a lo necesario y proporcionado para abordar las necesidades de las autoridades policiales y judiciales en la era digital».*

Igualmente, la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales[25]. Aquí parece que la senda elegida es la de la armonización, señalándose que *«la propuesta pretende presentar un enfoque armonizado para eliminar los obstáculos existentes y emergentes a la prestación de servicios por lo que respecta a la recepción, el cumplimiento o la ejecución de resoluciones para la obtención de pruebas en los procesos penales».*

En conclusión, tendremos que esperar a los textos definitivos para ver las normas armonizadoras que se establecen al efecto. Consideramos que podría ser una gran oportunidad para iniciar la vía de la armonización de normas sobre prueba electrónica, pues, como hemos expuesto en otras ocasiones, en materia de prueba no existen normas armonizadoras que faciliten la validez de la prueba en un proceso penal, a pesar que dentro del proceso la prueba va a ser la causa determinante que permita la incriminación o absolución del investigado. De igual modo, consideramos que la incorporación al proceso como prueba de los datos transfronterizos obtenidos deben superar el doble control que marca la OEI, así como sujetarse a los principios que establece el art. 588 bis a) LECRIM.

4. A modo de conclusión

El principio de disponibilidad debe operar en el marco de la cooperación judicial penal a los efectos represivos, pero no debe amparar cualquier actuación que se extralimite del principio de especialidad. La transferencia de datos personales con el único fin de prevenir las actuaciones delictivas o la incriminación de dichas actuaciones deberían estar sujetas al derecho a la protección de datos, así como al de intimidad. En íntima relación con el principio de dis-

---

24. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, de 17 de abril de 2018, COM/2018/225 final - 2018/0108.

25. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales, de 17 de abril de 2018, COM(2018) 226 final 2018/0107.

ponibilidad y especialidad se va a encontrar la licitud o ilicitud del material probatorio. De vital importancia resultará el modo en que se adopte una medida de investigación en el marco de una OEI, pues de la forma de obtención de la misma va a derivar su posible licitud probatoria o, por el contrario, la ilicitud de la misma con las consecuencias que conllevará al buen fin del proceso o no. Por otro lado, la ausencia de armonización sobre la admisibilidad probatoria y sus reglas de exclusión van a traer consecuencias procesales importantes, teniendo las autoridades de emisión y ejecución una ardua labor que realizar. Esta situación nos invita a reflexionar sobre las consecuencias de la obtención y posterior transmisión de datos personales en el marco de una OEI y su utilización como material probatorio dentro del proceso penal. Por tanto, consideramos que se ha avanzado con la promulgación de la Directiva 2016/680, aunque debemos reflexionar sobre los efectos probatorios de la cesión y tratamiento de los datos personales dentro del proceso penal.

12 | Repensando el sistema penal en torno a la idea de una justicia alternativa

Marcos Loredo Colunga
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo

1. Planteamiento

Garantizar la paz social, entendida como convivencia bajo parámetros de libertad y seguridad, constituye el fin último del sistema penal. A estos efectos, y de conformidad con el principio de intervención mínima, se articulan tres instrumentos básicos: 1) la tipificación de las conductas prohibidas o delitos; 2) la concreción de las consecuencias derivadas del incumplimiento de dicha prohibición; y 3) el establecimiento de un proceso judicial específico como cauce exclusivo a través del que constatar la existencia del ilícito, determinar el eventual responsable e imponer las penas y medidas complementarias procedentes en cada caso[1].

En torno a tales premisas se desarrolla la concepción teórica de la finalidad de la intervención penal, orientada tanto al conjunto de la sociedad como a cada delincuente en particular, y distinguiendo así entre la prevención general y la prevención especial y, a su vez, en el enfoque positivo y negativo de ambos propósitos[2]. Sobre la base de este esquema, el modelo tradicional de justicia penal ha dado en calificarse de retributivo o punitivo, en la medida en que gravita en torno al elemento sancionador. Se recurre entonces a la imposición del castigo al culpable como vía casi exclusiva para garantizar el efecto preventivo y reparar la paz social rota con el delito, primando el control social

1. *Vid.* en este sentido la EM del CP y de la LECrim, que abundan sobre estas cuestiones.

2. Abundar sobre este tipo de cuestiones excede del objetivo de este trabajo. Sobre el particular puede verse, entre otros, Giménez-Salinas i Colomer, E. y Rodríguez Giménez, A.C., «Un nuevo modelo de justicia que repare el daño causado», *Educació Social. revista d'Intervenció Socioeducativa,* nº 67, 2017, pp. 16-20.

represivo por encima del resto de funciones que el sistema está llamado a desarrollar.

Así las cosas, un enfoque del delito y la delincuencia bajo tales parámetros resulta, por tanto, ciertamente parco, limitación que ha llevado a cuestionar su eficacia desde la perspectiva de los distintos sectores implicados. En consonancia con este planteamiento, se considera el proceso penal como «encuentro de perdedores» en el que confluye la insatisfacción generalizada por el olvido de los intereses y necesidades de las personas e instituciones[3]:

— La víctima, a lo sumo, consigue por esta vía una reparación material del daño, pero no se siente escuchada ni resarcida debidamente, lo que provoca una habitual victimización secundaria derivada de su paso por el proceso judicial.
— El victimario sufre la pena impuesta —especialmente la privación de libertad— que provoca, a menudo, estigmatización y destrucción personal (física, psíquica y emocional). Sin embargo, no hay un trabajo claro orientado a la reeducación a partir de la individualización científica de la pena, de manera que se confía la reinserción social al mero temor a un nuevo castigo.
— Las familias, por su parte, relatan pérdida e impotencia, y permanecen ajenas al proceso, aunque sus consecuencias se proyecten sobre ellas, pues no tienen un papel claro y activo en el mismo que les permita canalizar el problema subyacente y utilizar su potencial.
— En la comunidad, en el conjunto de la sociedad, persiste una sensación de inseguridad pese a que las tasas de delincuencia ponen de manifiesto lo contrario. En cualquier caso, sí aumentan determinados tipos de delincuencia y se mantienen elevados índices de reincidencia, sin que se aborden de forma decidida las causas sociales subyacentes.
— La Administración de Justicia se ve con frecuencia acosada por los medios de comunicación, que cuestionan con insistencia su labor, critican cualquier actuación y la acusan de parcialidad y de proteger a los sectores poderosos.
— Y desde la óptica de la propia Administración Penitenciaria, la falta de medios hace que se limite a mantener apartados a los delincuentes que se consideran peligrosos, pero la masificación de los centros no permite garantizar una intervención profesional con ellos.

---

3. Cfr. Pascual Rodríguez, E., Ríos Martín, J.C., Sáez Rodríguez, C. y Saéz Valcárcel, R., «Una experiencia de mediación en el proceso penal», en *Boletín Criminológico,* nº 102, 2008, p. 1.

Ante este panorama tan poco halagüeño, la búsqueda de soluciones se revela como una necesidad ineludible. En los últimos años, este camino ha llevado al diseño e implementación de una serie de prácticas alternativas a partir de las cuales se ha ido desarrollando un sustento teórico sobre el que se pretende construir un modelo distinto de justicia penal. Esta original praxis se ha englobado bajo el enunciado de muy distintas categorías, de manera que se habla, según los casos, de justicia comunitaria, justicia conciliadora, justicia participativa, justicia positiva, justicia reconstitutiva, justicia reconstructiva, justicia relacional, justicia reparadora, justicia reparativa, justicia restaurativa o justicia victimal, entre otras expresiones[4].

Entre todas, la fórmula más extendida es la de «justicia restaurativa»[5], denominación que se utiliza en este trabajo como aglutinadora de las distintas alternativas y teniendo en cuenta que hace referencia a realidades complejas y de difícil concreción, cuyos contornos no son claros y definidos, ya que se trata de un concepto en formación. Más aún, hay que tener en cuenta que no hay consenso absoluto al respecto de su contenido y postulados, pues cada sistema ofrece una interpretación propia y adapta determinadas premisas a sus particularidades[6]. Todo ello dificulta un tratamiento conjunto y unívoco.

En cualquier caso, y de acuerdo con las pautas expuestas, nos basta en este momento partir de la idea de que surge como una filosofía, cultura o paradigma del Derecho penal que defiende una concepción diferente de la justicia penal como contraposición al sistema tradicional —punitivo o retributivo—, y que se traduce en diferentes instrumentos con cierto sustrato común a través de los que se aborda el fenómeno de la delincuencia desde otra perspectiva. Sobre esta base, y sin aspirar a dar respuestas definitivas, vamos a ofrecer una reflexión sobre este movimiento alternativo que pretende un sistema penal que permita «dar a cada uno lo suyo»[7].

---

4. Se trata de expresiones de origen anglosajón que hacen referencia a una realidad próxima (que no idéntica) y son el resultado de una traducción literal en la que puede perderse parte de su sentido original.

5. Denominación que se considera acuñada por Howard Zehr en 1985, autor que desarrolló su primera base teórica. Téngase en cuenta que no se trata de una elaboración meramente teórica, sino que se inspira en buena medida en determinadas prácticas tradicionales, a partir de las cuales se ha elaborado un sustento teórico y se han desarrollado e institucionalizado otras modalidades y fórmulas específicas. *Vid.* con mayor detalle Zehr, H., «Retributive justice, restorative justice, alternative justice paradigm», *New Perspectives on Crime and Justice,* nº 4, 1985, obra que sirve de punto de partida y luego será desarrollada en *Cambiando la lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la Justicia,* Herald Press, Ontario, 1990.

6. Ríos Martín, J.C. (Dir. y Coor.), *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 de Comillas, Madrid, 2016, pp. 31-32.

7. De acuerdo con la definición de Justicia de Ulpiano.

2. Origen y evolución

Al margen de los eventuales antecedentes remotos que puedan buscarse[8], de los incuestionables vínculos religiosos[9] y sin dudar del entronque con prácticas tradicionales de algunos grupos aborígenes[10], existe cierto consenso en ubicar la primera práctica restaurativa moderna en Kitchner, Ontario, Canadá, en 1974, en el llamado «Caso Elmira»[11]. En mayo de ese año, dos jóvenes sin antecedentes penales y bajo la influencia de las drogas causan daños en más de veinte vehículos. El oficial de libertad condicional propone al juez que, en lugar de imponerles la pena correspondiente, trate de que asuman su responsabilidad, para lo que considera que enfrentarse a las víctimas podía resultar útil[12]. Sorprendentemente, y pese a las reticencias iniciales, así lo recoge la sentencia. En consecuencia, los jóvenes visitan a los vecinos cuyos bienes fueron dañados, reconocen la autoría, piden disculpas y se ofrecen a reparar los desperfectos causados. De forma consensuada, se diseña un acuerdo de reparación que se cumple íntegramente en sólo tres meses. En consecuencia, la experiencia se considera un éxito para las víctimas, para los victimarios y también para la comunidad local en su conjunto. Todavía no se llamaba así, pero había nacido la justicia restaurativa, exponente de este movimiento global.

En cualquier caso, este original planteamiento no puede considerarse un hecho aislado ni espontáneo. Muy al contrario, en los años 70 del pasado siglo se aprecia la confluencia en diferentes países de una serie de factores relevantes que están en la base de este singular enfoque[13]: 1º) la insatisfacción con el sistema penal vigente una vez constatado su fracaso; 2º) la búsqueda de respuestas alternativas a la delincuencia en las que recuperen el protagonismo los distintos implicados; y 3º) el interés por preservar e impulsar fórmulas de justicia tradicional que se considera responden a una cultura de paz que hay que reivindicar[14]. Sobre esa base[15], se implementan diferentes iniciativas en países

---

8. Ríos Martín, J.C. (Dir. y Coor.), *La mediación penal…,* cit., pp. 37-38.

9. Zehr, H., *Cambiando la lente…,* cit., pp. 123 y ss.

10. Sobre todo, de Norteamérica y Oceanía.

11. Relatado en Zehr, H., *Cambiando la lente…,* cit., pp. 153-155. El consenso existente al respecto es destacado por Beltrán Montoliu, A., «Modelo de mediación en los Estados Unidos de América», en Barona Vilar, S. (Coor.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos,* Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 60.

12. Debe tenerse en cuenta que el oficial de libertad condicional estaba vinculado a los menonitas, integrantes de una comunidad religiosa nacida en Suiza en el siglo XVI y que promueve la no violencia y la reconciliación.

13. Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas de justicia restaurativa,* Naciones Unidas, Nueva York, 2006, p. 5.

14. A través de los consejos de ancianos o sabios o los comités pacificadores. *Vid.* sobre este particular García Herrera, I., «Justica restaurativa: breve reflexión sobre su integración en el marco del proceso penal en España», *Diario La Ley,* nº 8654, 2015, pp. 1 y ss.

15. Tamarit Sumalla, J.M., «La justicia restaurativa: concepto, principios, investigación y marco teórico», en Tamarit Sumalla, J.M. (Coor.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones,* Comares, Granada, 2012, pp. 9 y ss.

como Canadá, EEUU, Australia y Nueva Zelanda[16] que presentan ciertas notas comunes[17]:

— La participación voluntaria de los distintos afectados por el hecho delictivo (víctima, delincuente y comunidad), en cuanto que todos ellos están interesados en su adecuada gestión y quieren involucrarse en ese proceso.
— El abordaje del problema a través de herramientas como el encuentro personal, el diálogo y el acuerdo, por medio de las cuales se puede consensuar una respuesta completa y satisfactoria para todos.
— La persecución de determinados objetivos clave que faciliten la superación efectiva del conflicto: la asunción de responsabilidad por parte del delincuente[18]; la reparación del daño y la satisfacción del perjudicado; y la recuperación social del victimario, reduciendo así la probabilidad de reincidencia.

Más aún, el éxito de las primeras experiencias dio lugar a su pronta réplica en países de diferentes entornos territoriales, hasta completar su expansión a nivel mundial[19]. En concreto, en los años 80 Europa se suma a esta nueva tendencia y, progresivamente, se van poniendo en marcha programas alternativos —básicamente de mediación penal— en Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Noruega, los Países Bajos y el Reino Unido, entre otros[20]. Por lo que respecta a nuestro país, no será hasta 1990 cuando encontremos el primer proyecto piloto de mediación penal, que se desarrolló en Cataluña[21]. Poco después se implantan también en Valencia (1993) y el País Vasco (1998)[22], y a día de hoy encontramos que el CGPJ auspicia este tipo de prácticas en diferentes órganos jurisdiccionales de toda la geografía nacional[23]. Igualmente, cabe llamar la

16. Países con modelos de *Common Law* en los que la vigencia del principio de oportunidad facilita la aplicación de estas prácticas por razones de utilidad o conveniencia social. *Vid.* Zehr, H., *Cambiando la lente…,* cit., p. 154 y ss y Alonso Salgado, C, *La mediación en el proceso penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 65-66.

17. Cfr. Ríos Martín, J.C. (Dir. y Coor.), *La mediación penal…,* cit., pp. 37 y ss.

18. Entendida como «la oportunidad de entender las consecuencias humanas de nuestros actos, encarar lo que se ha hecho y a quién se le ha hecho […]. También incluye enfrentar los resultados de nuestra conducta». Cfr. Zehr, H., *Cambiando la lente…,* cit., p. 41.

19. Sobre el desarrollo en concreto de la mediación penal en Latinoamérica, Asia y el resto del mundo, *vid.* Cano Soler, M.A., *La mediación penal,* Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 99 y ss.

20. *Vid.* al respecto Barona Vilar, S. (Coor.), *La mediación penal…,* cit., obra colectiva en la que se analizan las experiencias en los diversos países europeos.

21. Tamarit Sumalla, J.M., «La justicia restaurativa…, cit., pp. 55 y ss.

22. Con más detalle Barona Vilar, S., «Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo xxi. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», en *Revista de Derecho Penal,* nº 26, 2009, pp. 28 y ss. También sobre los primeros programas desarrollados en España, *vid.* Olalde Altarejos, A.J., *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal,* Dykinson, Madrid, 2017, pp. 161 y ss.

23. La información al respecto puede consultarse en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-mediacion/Mediacion-Penal/ (última consulta: 25/09/2018). Sin perjuicio de su limitada

atención sobre el desarrollo —limitado en el tiempo por razones estrictamente políticas que no de eficacia— de encuentros restaurativos entre víctimas del terrorismo de ETA y sus victimarios[24].

Así que una praxis exitosa sirvió de base para la elaboración teórica y promovió el perfeccionamiento de las fórmulas alternativas y su expansión a los distintos países, al abrigo fundamentalmente del movimiento ADR y del desarrollo de la victimología[25]. En este proceso se aprecia además una triple evolución: 1ª) el paso de una aplicación limitada a la delincuencia juvenil[26] a extenderse también a la justicia de adultos; 2ª) en cuanto que comienza restringiéndose a delitos menores y siendo actualmente aplicable a la generalidad de ilícitos; y 3ª) ya que inicialmente se trata de programas piloto a cargo de voluntarios, desarrollándose posteriormente programas institucionalizados y bajo la responsabilidad de profesionales[27]. Paralelamente tuvo lugar el reconocimiento e impulso a nivel internacional[28], que se traducirá en un importante reflejo normativo en este ámbito[29].

3. Notas definitorias

En consonancia con lo expuesto hasta el momento, nos consta que bajo las distintas prácticas alternativas subyace una concepción que cuestiona el modelo tradicional de justicia penal y reivindica otra forma de hacer justicia al amparo de dos puntos débiles del sistema actual[30]: el fracaso de la función reso-

---

aplicación práctica (unas 2.500 derivaciones anuales), hay que destacar el elevado índice de acuerdos alcanzados.

24. Experiencias relatadas con detalle en PASCUAL RODRÍGUEZ, E. (Coor.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA,* Sal Terrae, Santander, 2013, trabajo cuya lectura se recomienda vivamente a todos los interesados en esta materia.

25. BARONA VILAR, S., «Esquizofrenia en la justicia penal: entre el expansivo derecho penal, la búsqueda de la minimización del proceso y el impulso de la mediación penal», en SIGÜENZA LÓPEZ, J. y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. (Coor.), *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal,* Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 213.

26. Son los programas más habituales y desarrollados y a menudo sirven como modelo para su implantación en la justicia de adultos. Inciden en el contenido educativo y resocializador y pueden desarrollarse al margen del proceso, de manera que son menos formales y estigmatizantes. Sobre la aportación de la justicia juvenil, *vid.* OLALDE ALTAREJOS, A.J., *40 ideas…,* cit., pp. 152 y ss.

27. TAMARIT SUMALLA, J.M., «La justicia restaurativa…, cit., p. 4.

28. TAMARIT SUMALLA, J.M., «Justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?», en *Manual de Victimología,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 439, destaca, por ejemplo, el Congreso Internacional de Criminología de Budapest (1993) y varios Simposios Internacionales de Victimología (Adelaida 1994, Ámsterdam 1997 o Montreal, 2000).

29. Podemos destacar la importante labor llevada a cabo al respecto tanto por la ONU, como por el Consejo de Europa y la Unión Europea, ya que en el marco de tales organizaciones se han desarrollado diferentes instrumentos normativos de muy distinta naturaleza, gracias a los cuales se ha impulsado la legislación y la práctica en los ordenamientos nacionales. Un análisis más detallado puede verse en OLALDE ALTAREJOS, A.J., *40 ideas…,* cit., p. 173 y ss y BARONA VILAR, S., «Mediación penal…, cit. pp. 15-18.

30. CANO SOLER, M.A., *La mediación penal,* cit., pp. 31-32.

cializadora de las penas (especialmente de las privativas de libertad) y el inadecuado tratamiento de las víctimas (por el olvido de sus derechos y garantías y la insatisfacción que experimentan con el proceso). En consecuencia, se pretende ofrecer otras opciones viables y realistas[31] que se traduzcan en mayor satisfacción y en la mejor consecución de sus fines[32]; en definitiva, un sistema que resuelva efectivamente los conflictos[33], lo que implica un cambio de paradigma[34]. De acuerdo con el planteamiento de este trabajo, no procede en el mismo un análisis exhaustivo del fundamento teórico que sustenta esta filosofía, pero sí es importante destacar las premisas básicas a partir de las que se construye dicho sustento[35]:

1ª) Deben equilibrase los objetivos a alcanzar por la justicia penal, privando al aspecto punitivo de la preeminencia habitual.
2ª) El hecho delictivo debe abordarse en su contexto personal, familiar y social, de manera que se involucre en su resolución a todos los afectados.
3ª) El sistema tiene que adaptarse a las particularidades del caso y de los sujetos implicados, de manera que resulta conveniente contar con varias opciones posibles y aplicar la fórmula más adecuada para cada conflicto.
4ª) La intervención no se centra en el pasado, sino que permite gestionar el conflicto hacia el futuro, con ánimo resolutorio y preventivo.

Dos son por tanto las singularidades a destacar: el reposicionamiento del sistema en cuanto a la fórmula de intervención y sus objetivos; y el enfoque integral de la problemática penal, que supone la implicación en cada proceso de todos los sujetos afectados, a los que se atribuye capacidad de decisión al respecto sobre cómo gestionar sus efectos y consecuencias a futuro. Se supera así el planteamiento tradicional del sistema penal, centrado en el castigo del delincuente, y se promueve un tratamiento holístico del fenómeno criminal[36]. En

---

31. En este sentido, Tamarit Sumalla, J.M., «La justicia restaurativa…, cit., p. 17, afirma lo siguiente: «la justicia restaurativa puede ser vista como una de las propuestas que han surgido como respuesta a la crisis de la idea tradicional de justicia, o a las insuficiencias de un enfoque centrado en la litigación, y comparte algunos de los postulados con otras fórmulas, aparecidas especialmente en los EUA, como la «jurisprudencia terapéutica», la «justicia procedimental», el «Derecho colaborativo» (*Collaborative Law)*, el «Derecho preventivo», las iniciativas basadas en la solución creativa de problemas, como los «Problem solving courts» (por ejemplo, los tribunales sobre drogas)».

32. Sobre el cumplimiento de los fines del Derecho penal a través de la Justicia Restaurativa, *vid.* Ríos Martín, J.C. (Dir. y Coor.), *La mediación penal…,* cit., pp. 55-67.

33. Alonso Salgado, C., *La mediación…,* cit., pp. 28-29.

34. Cfr. Subijana Zunzunegui, I.J., «El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa», *Eguzkilore,* nº 26, 2012, p. 144: «El paradigma de humanidad exige que la justicia trate de satisfacer hasta el máximo de lo posible las necesidades de los seres humanos que, bien como víctimas o como infractores, participan en el proceso que se promueve ante jueces o tribunales».

35. Adaptación de Marshall, T., *Restorative Justice. An Overview,* Home Office, Research Development and Statistics Directorate, London, 1999, pp. 5-6.

36. Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit.

este sentido, de la propia expresión «restaurativa», se infiere una idea clave: la intervención ante el hecho delictivo relega el aspecto retributivo y punitivo y debe orientarse hacia la restauración de la convivencia mediante la reparación efectiva de los daños[37]. De manera que se habla de un objetivo triplemente restaurador de estas fórmulas, en cuanto que modelo integrador, que trata de aunar los intereses de la víctima, del victimario y de la sociedad[38]:

— En relación con la víctima: facilitar apoyo y asistencia, permitir la participación (expresión de sentimientos, demanda de explicaciones) y lograr la mayor satisfacción posible (reparación material o simbólica)[39].
— Respecto del victimario: canalizar su participación activa, promover la asunción de responsabilidad y el ofrecimiento de reparación y lograr la reinserción social y la evitación de la reincidencia[40].
— Para la comunidad: participar en la Administración de Justicia e implicarse en la problemática penal, responsabilizándose de la reinserción y la superación de las causas de la delincuencia[41].

---

37. Zehr, H., *Cambiando la lente…,* cit., pp. 184 y ss.

38. Cuestiones desarrolladas, entre otros, por Varona Martínez, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica,* Comares, Granada, 1998, p. 77; Marshall, T., *Restorative Justice…,* cit., pp. 5-7; Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit., p. 8 y ss; y Subijana Zunzunegui, I.J., «El paradigma…, cit., pp. 148-149.

39. Montesinos García, A., «Una breve aproximación a la justicia restaurativa», en Montesinos García, A. (Ed.), *Tratado de Mediación,* t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 28-29, alude a diferentes posibilidades: dinero, objetos, prestación, disculpas, trabajos en beneficio de la comunidad o, incluso, realización cursos o talleres para mejorar capacidades de victimario.

40. No me resisto a reproducir las siguientes palabras de Subijana Zunzunegui, I.J., «El paradigma…, cit., pp. 148-149: «*La responsabilidad por el daño* exige que el infractor haga suyo el delito cometido —el delito le pertenece, aunque no le define—, reparando lo destruido o deteriorado y, desde esta asunción, inicie un cambio de orientación vital que le aleje del delito. Ser consciente de que el delito ha perturbado severamente el orden existencial de la víctima y, desde esta consciencia, desarrollar conductas de restañamiento del daño causado, constituye la manifestación más seria de una dinámica de inserción social constructiva. *La potencialidad de un desarrollo personal*, a partir del aprendizaje que conlleva la comprensión de las disímiles experiencias vitales protagonizadas, legitima reconocer que los seres humanos son sujetos libres y evolutivos y que, por lo tanto, tienen opciones reales de cambiar, de reconducir su vida. Ello supone admitir que quien ha delinquido tiene posibilidades de dejar de delinquir y que quien ha sido víctima tiene opciones de dejar de serlo. Provoca, por lo tanto, creer que es factible la reinserción social del infractor y la desvictimización de la víctima».

41. También en este punto resultan clarificadoras las palabras de Subijana Zunzunegui, I.J., «El paradigma…, cit., pp. 148-149: «*La recreación del vínculo dañado* supone transitar de la ruptura causada por el delito a la pacificación integradora ofrecida por la solución. En otras palabras: ubicar un nosotros donde el delito creó un no a los otros. De esta forma se favorece que la comunidad vaya acogiendo a personas que han ido integrando en sus biografías la significación del delito a partir de estructuras dialógicas. Con ello se tutela a la víctima —que obtiene una reparación del daño a partir de una aportación personal de su causante—, se mejora el tejido social —al acoger a personas que confían en la aptitud del ser humano para comprender el sentido dañino de los hechos injustos y desarrollar un esfuerzo para proceder a su reparación—, y, finalmente, se posibilita una protección de las víctimas potenciales, dado que reduce el riesgo de recidiva la interacción con la víctima en un plano dialógico y la atención —en un espacio de escucha— de los factores criminógenos que, en su caso, aniden en el infractor— tales como adicciones, distorsiones cognitivas, falta de empatía social—. *El compromiso comunitario* exige una involucración de la sociedad en la tarea de reconstrucción de lo deteriorado por el delito, pues la infracción es, también, un conflicto social que la comunidad tiene que resolver con la mayor eficacia y la menor aflicción. En este orden, la vertebración en un proyecto armónico de elementos como la visualización de las víctimas, la apuesta por la recuperación de los infractores y la confianza en procesos

Otro aspecto destacable deriva de la incardinación de la generalidad de prácticas alternativa en el marco del proceso penal, —*ex vigentia* del principio de legalidad— y que se traduce en la vinculación e interrelación entre proceso judicial e intervención restaurativa, lo que conlleva la exigencia de unas garantías mínimas que evidencien el respeto de los derechos fundamentales y la adecuada articulación del planteamiento alternativo[42]:

— Voluntariedad: víctima, victimario y representantes de la comunidad (en su caso y en la medida que proceda según el tipo de fórmula), consienten en participar en el procedimiento alternativo y asumen de forma informada y consciente los posibles riesgos derivados de su intervención.
— Oficialidad e institucionalización: la derivación a la fórmula alternativa puede tener lugar en cualquier fase y estado del proceso penal, variando, en su caso, la autoridad responsable. Así, puede ser la policía durante la investigación preliminar; el fiscal o el juez en la instrucción; el juzgador durante la fase intermedia o el juicio; y la Administración Penitenciaria durante la ejecución.
— Autonomía: sin perjuicio de los posibles efectos del eventual acuerdo en el marco del proceso penal, la práctica alternativa abre un paréntesis en la vía judicial, de manera que lo que ocurra durante la misma será confidencial y no afectará a los derechos y garantías procesales, especialmente del victimario (presunción de inocencia, no declarar contra sí mismo, defensa, etc.)[43].
— Profesionalización: la puesta en práctica de esta otra metodología requiere la intervención de un facilitador profesional (mediador u otro), que ha de ser imparcial y actuar con neutralidad, que se encarga de preparar el proceso con las partes y de dirigir y supervisar el encuentro, que garantiza su adecuado desarrollo y la seguridad de la víctima, y que consigna, en su caso, los acuerdos alcanzados.
— Metodología: la intervención alternativa se apoya en el diálogo equilibrado y la negociación, como vía para alcanzar una solución consensuada, un acuerdo autónomo que satisfaga en la mayor medida posible los intereses y necesidades de todos los implicados[44].

---

dialógicos es la materialización de un compromiso democrático que funciona como antítesis de la falta de involucración que conlleva la tiranía de la indiferencia.»

42. Adaptación a partir de Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit., pp. 33 y ss.

43. Ríos Martín, J.C. (Dir. y Coor.), *La mediación penal…,* cit., pp. 71-72.

44. Ríos Martín, J.C. (Dir. y Coor.), *La mediación penal…,* cit., pp. 77 y ss.

En conclusión, no es fácil ofrecer un concepto de justicia alternativa, ya que no constituye una realidad unívoca[45], sino una base teórica que se plasma en diferentes prácticas que comparten las notas definitorias vistas y que nos permiten reiterar que se adapta al concepto clásico que ofrecía Ulpiano en el Derecho romano, según el cual la Justicia consiste en «dar a cada uno lo suyo». Y esta es la idea base que inspira esta nueva filosofía, que no es otra que ofrecer una respuesta adecuada a todos los afectados por el fenómeno delictivo: víctimas, victimarios y comunidad.

4. Fórmulas habituales

Según hemos visto, los principios y valores que postula la justicia alternativa encuentran su plasmación a través de muy distintas fórmulas que, si bien comparten un sustrato común básico, presentan igualmente sus propias particularidades. En consecuencia, la pluralidad de instrumentos más o menos singulares puede resultar abrumadora y, por tanto, su estudio excede con creces del propósito de este trabajo; más aún si tenemos en cuenta la existencia de modulaciones en función del ámbito territorial, social o cultural en que se ponen en práctica. Así las cosas, este epígrafe se limitará a indicar las principales categorías existentes y a analizar únicamente los aspectos esenciales de algunas de las principales metodologías consideradas restaurativas en el sentido antes indicado[46].

Como punto de partida, una distinción básica que atiende al número de participantes en la experiencia, de manera que se desarrollan procedimientos bilaterales, en los que participan únicamente la víctima y el victimario (como ocurre en la mediación); y otros que se catalogan como multilaterales, pues incorporan también, en mayor o menor medida, a representantes de la comunidad (así los círculos, las conferencias o los paneles)[47]. Por otra parte, atendiendo al potencial grado de satisfacción de los intereses en juego que puede alcanzarse, se distingue entre procedimientos plenamente, principalmente y parcialmente restaurativos[48]:

---

45. *Vid.* al respecto Dias Dos Santos, Í., *En busca de la justicia restaurativa. Un cambio de paradigma en el Derecho penal de garantías,* B de F, Montevideo, 2018, pp. 37 y ss.

46. Un examen más detallado de las principales prácticas puede verse en Marshall, T., *Restorative Justice…,* cit., pp. 10 y ss; en Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit., pp. 13 y ss; y en Olalde Altarejos, A.J., *40 ideas…,* cit., pp. 336 y ss.

47. Es importante tener en cuenta que la denominación originaria de estas instituciones se formula en inglés, de manera que la traducción literal al castellano puede implicar una pérdida de su sentido original, siendo preciso una adaptación para mantener su esencia.

48. Cfr. Montesinos García, A., «Una breve aproximación…, cit., pp. 33 y ss. En este sentido, *vid.* también Tamarit Sumalla, J.M., «La justicia restaurativa…, cit., pp. 39-40; y ZEHR, H., *Cambiando la lente…,* cit., pp. 221-222, quien señala una serie de criterios a tener en cuenta para valorar si el proceso ha resultado efectivamente restaurativo.

— Entre los plenamente restaurativos pueden incluirse tanto las conferencias (familiares o comunitarias) como los círculos (de pacificación o sentenciadores).
— Principalmente restaurativos son considerados la mediación, las conferencias sin participación de la víctima, la reparación de la víctima, las comunidades terapéuticas, los programas de apoyo comunitario a la víctima y las comisiones de la verdad.
— Y parcialmente restaurativos se reputan, entre otros, los servicios de asistencia a las víctimas, la compensación o indemnización del daño, el tratamiento de ofensores de sensibilización respecto a las víctimas, el servicio comunitario, el trabajo social familiar, ciertas iniciativas de apoyo a la juventud y programas de reinserción social.

A partir de esta clasificación, vamos a centrarnos entonces en las prácticas consideradas más eficaces, las conferencias y los círculos, y abordar previamente la mediación, en cuanto que constituye la fórmula más habitual y casi exclusiva de nuestro entorno.

Comenzamos entonces con la mediación víctima-ofensor, que es la opción bilateral por excelencia y cuenta con una larga tradición en algunos sistemas. Se ha erigido como la práctica alternativa más extendida en España y en Europa, hasta el punto de ser casi la única aplicada de forma mínimamente sistemática en la mayoría de estos países[49]. Ello conlleva que, erróneamente, se identifique con frecuencia mediación y justicia restaurativa, confundiendo la especie con el género. A través de la mediación se persigue un encuentro —normalmente personal— entre víctima y victimario, en el que se establezca un diálogo civilizado que permita a las partes expresar sus sentimientos, ofrecer explicaciones, asumir la responsabilidad (incluso pedir disculpas) y, en última instancia, consensuar un acuerdo de reparación del daño. A estos efectos, el mediador se reúne previamente con ambos protagonistas de forma individual, dedicando el tiempo necesario a preparar ese enfrentamiento directo con el contrario, de manera que se garantice, en la medida de lo posible, la consecución de los objetivos previstos. En ocasiones, la mediación puede articularse como vía previa e, incluso, excluyente de la vía judicial; si bien lo habitual es que se desarrolle en el marco de un proceso penal y se trasladen al mismo las consecuencias positivas del eventual acuerdo a través de la conformidad, de la apreciación de una atenuante o de la suspensión de la pena, por ejemplo[50].

---

49. Un análisis de las experiencias más destacadas puede verse en Barona Vilar, S., «Mediación penal…, cit., pp. 30 y ss.

50. *Vid.* al respecto Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit., p. 17 y ss y Barona Vilar, S., *Mediación penal, fundamento, fines y régimen jurídico,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Por su parte, las llamadas «conferencias» (entendidas como reuniones, encuentros o diálogos) toman como modelo una práctica tradicional de la población maorí de Nueva Zelanda, donde nacieron, y se han desarrollado también de forma institucionalizada en otros países como Australia, EEUU, Inglaterra y Gales e Irlanda. En cuanto a su formato, se articulan como encuentros multilaterales a los que, además de a víctima y victimario, se convoca también a familiares y amigos de los mismos, y a ciertos representantes de la comunidad (como profesores o empleadores), incorporando así a las personas que pueden apoyar al infractor y facilitar un mejor cumplimiento de los eventuales acuerdos de reparación que se alcancen[51]. La metodología también se basa en el diálogo y permite la intervención de todos los participantes, de manera que puedan exponer sus impresiones respecto del delito y proponer opciones para gestionar las consecuencias del mismo, procurando llegar finalmente a una decisión consensuada sobre el resarcimiento de la víctima y las medidas de prevención y evitación de la reincidencia[52].

En cuanto a los «círculos», constituyen un modelo propio de ciertas comunidades indígenas de Canadá que se ha implantado igualmente en países como Alemania, Bélgica, Brasil o EEUU, y que se aplica normalmente en el ámbito de la llamada justicia juvenil. Se trata también de una fórmula multilateral, pero con una composición más amplia. Así, además de víctima, victimario, amigos, familia y miembros de la comunidad, pueden intervenir igualmente profesionales como psicólogos o el abogado de la defensa, y representantes institucionales de la policía o la fiscalía e, incluso, el juez. Se trata, por tanto, de un sistema más formal, con un desarrollo más próximo a un proceso judicial y en el que se requiere normalmente el reconocimiento de la culpabilidad por parte del victimario. En cuanto a su desarrollo, los participantes se sitúan en círculo (de ahí su denominación) y se inicia un diálogo por turnos para consensuar la forma de satisfacer a la víctima y proteger a la sociedad. La propuesta es normalmente asumida por el juez —que puede en cualquier caso adoptar medidas complementarias— y la propia comunidad se encarga del seguimiento de los acuerdos[53].

---

51. Atendiendo a la amplitud del grupo y a los vínculos de los integrantes con víctima y victimario, se han implementado diferentes modalidades de conferencias: familiares, comunitarias, etc.

52. Más información al respecto en Zehr, H., *Cambiando la lente…,* cit., pp. 247-254; Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit., p. 20 y ss; Guardiola, M.J., Albertí, M., Casado, C. Y Susanne, G., «*Conferencing:* origen, transferencia y adaptación», en Tamarit Sumalla, J.M. (Coor.), *La Justicia Restaurativa: desarrollo y aplicaciones,* Comares, Granada, 2012, pp. 237-267; Pasqual de Riquelme Herrero, M., «El movimiento hacia la justicia restaurativa», en Sigüenza López, J. y García-Rostán Calvín, G. (Coor.), *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal,* Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 232; y Montesinos García, A., «Una breve aproximación…, cit., pp. 34 y ss.

53. Para ampliar, *vid.* Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit., pp. 22 y ss; Pasqual de Riquelme Herrero, M., «El movimiento…, cit., pp. 36 y ss.

5. Valoración

El posicionamiento en defensa de los postulados de una justicia alternativa —tanto desde una perspectiva teórica como práctica—, ha encontrado desde los primeros momentos fuertes resistencias entre los más diversos sectores. Esta perspectiva crítica cuestiona sus planteamientos con múltiples argumentos, pero parte de una visión que puede considerarse parcial y sesgada de las distintas prácticas implementadas. Obviamente, no es éste el lugar idóneo para reproducir este debate en toda su extensión, pero sí parece oportuno dar cabida a algunas de las principales objeciones y a los contraargumentos esgrimidos de contrario[54]:

1) Carácter utópico. En primer lugar, se achaca que el planteamiento alternativo no es una opción real, ya que se basa en una excesiva confianza en la capacidad de cambio de las personas. En contra se alega que su eficacia práctica ha sido probada, tal y como ponen de manifiesto diferentes estudios al respecto[55], sin perjuicio de la dificultad para valorar los resultados[56].
2) Efecto criminógeno. Por otra parte, se considera que es una respuesta blanda e ineficaz y en la que se debilita la finalidad preventiva. Este argumento puede desautorizarse afirmando que la confianza en el castigo no está justificada, visto el escaso éxito del modelo punitivo y retributivo, especialmente desde una perspectiva de prevención especial negativa.
3) Objetivos espurios. En la medida en que supone privatizar la justicia y anudar el proceso a la voluntad de las partes, se afirma que trabaja para unos intereses realmente ajenos a la Administración de Justicia (como el perdón, la reconciliación o la humillación del victimario). Sin embargo, los objetivos reales son otros y encajan perfectamente entre las finalidades del sistema penal (en esencia, la asunción de responsabilidad, la reparación del daño y la evitación de la reincidencia).
4) Desigualdad entre las partes. En cuanto que se consideran salidas más ventajosas para el victimario, de quien depende el éxito en último término. En consecuencia, permite un uso fraudulento, pero discrimina por motivos económicos al mismo tiempo. Por el contrario, son las víctimas quienes manifiestan mayor satisfacción con este tipo de prácticas y las valoran de

---

54. Seguimos en este punto a Tamarit Sumalla, J.M., «La justicia restaurativa…, cit., pp. 41 y ss.; Pasqual de Riquelme Herrero, M., «El movimiento…, cit., pp. 227 y ss.; y Alonso Salgado, C., *La mediación…,* cit., 2018, pp. 74 y ss.

55. *Vid.* con más detalle Zehr, H., *Cambiando la lente…,* cit., pp. 158 y ss.; Marshall, T., *Restorative Justice…,* cit., pp. 17 y ss.; Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit., pp. 85 y ss.; Tamarit Sumalla, J.M., «La justicia restaurativa…, cit., pp. 56-60; Tamarit Sumalla, J.M., «El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmanticensis,* vol. 1, 2013, pp. 148-154; y Ríos Martín, J.C. (Dir. y Coor.), *La mediación penal…,* cit., pp. 42 y ss.

56. Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit., pp. 66.

forma más positiva que su paso por el proceso penal. Además, la reparación simbólica es preferida a la material.

En otro orden de cosas, no puede ignorarse que las fórmulas alternativas no incorporan, en última instancia, una respuesta a los delitos no prevista en los ordenamientos jurídicos. Así, la renuncia o disminución de la pena se contempla cuando concurre una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad) o, por ejemplo, en la conformidad premiada de los llamados juicios rápidos. Y la reparación del daño puede apreciarse como atenuante, coadyuvar a la suspensión de la pena o facilitar el acceso al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta igualmente dos aspectos complementarios que pueden permitir reenfocar el debate y relativizar esa visión negativa que no parece deba imponerse: 1º) que estas prácticas alternativas requieren un cambio cultural, pero no resultan operativas en todos los conflictos ni son la panacea para todos los males del sistema penal[57]; y 2º) que la justicia alternativa ofrece distintas opciones, de manera que debe elegirse la más adecuada al caso concreto, y su viabilidad y éxito reside en buena medida en la intervención de profesionales debidamente formados y con la experiencia precisa[58].

Más aún, es obvio que la implementación de este tipo de fórmulas requiere asumir riesgos, luego hay que ponderar los intereses en juego y tener en cuenta los peligros potenciales a los que anticiparse para evitar el fracaso de los programas en la práctica. A título meramente ejemplificativo, podemos enumerar alguna de estas circunstancias que hay saber cómo manejar y evitar[59]: derivación inadecuada por mal diagnóstico; aceptación con perspectivas poco realistas o por motivos espurios (presión, eventuales beneficios); inseguridad; violación de la confidencialidad; pérdida de garantías procesales; manipulación o imposición de demandas vindicativas; sensación de desigualdad entre las partes; mala praxis por parte de los profesionales; ausencia de resultados; incumplimiento del acuerdo (por incapacidad o falta de voluntad); y dificultad para la evaluación y valoración de los programas. Con todo, especialmente en

---

57. *Vid.* al respecto Marshall, T., *Restorative Justice…,* cit., p. 8; y Ríos Martín, J.C. (Dir. y Coor.), *La mediación penal…,* cit., p. 31.

58. Sobre los elementos precisos para un desarrollo efectivo de los ADR, *vid.* Ortuño Muñoz, P., «Perspectivas de futuro de los métodos alternativos y complementarios de resolución de conflictos», en Sigüenza López, J. y García-Rostán Calvín, G. (Coor.), *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal,* Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 48 y ss.

59. Sobre los posibles riesgos, dificultades y beneficios, *vid.* Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit., p. 66 y ss; Olalde Altarejos, A.J., *40 ideas…,* cit., p. 298; y Alonso Salgado, C., *La mediación…,* cit., pp. 64-65.

relación con esta última cuestión, no puede obviarse que los limitados estudios realizados —tanto a nivel nacional como internacional— ponen de manifiesto resultados positivos, incidiendo especialmente en las siguientes variables[60]:

— Derivación: las partes acceden a iniciar el procedimiento alternativo en la mitad de los casos, aproximadamente.
— Grado de satisfacción de las víctimas: el porcentaje de víctimas satisfechas se eleva al 80 o 90%, según los estudios.
— Grado de satisfacción de los victimarios: entre el 70 y el 90%, según los casos.
— Reincidencia: reducción significativa entre los jóvenes (en un porcentaje superior al 20%) y algo menor entre los adultos (en torno al 10%).

Entre las conclusiones de estas investigaciones también se recogen los aspectos, positivos y negativos, que los protagonistas destacan de su experiencia. Entre los primeros, se apunta el encuentro directo y la comunicación, la petición de disculpas y la percepción de que el acuerdo es justo y que con él se cierra el asunto definitivamente. Por el contrario, se cuestiona en ocasiones la parcialidad del facilitador, la preparación insuficiente del encuentro, la obstrucción del procedimiento por el victimario o la falta de seguridad de la víctima[61]. Desde una perspectiva más pragmática, también hay que tener en cuenta que las fórmulas alternativas permiten reducir los costes económicos y temporales y mejorar la calidad del servicio, así que los resultados no son en modo alguno peores que en el sistema tradicional[62]. ¿Merece la pena el cambio?

A modo de reflexión final, podemos apuntar que, desde una concepción estricta, este movimiento no se conforma con articular un mero complemento del modelo punitivo o retributivo[63], ya que aspira, no humanizar el sistema penal, sino reformularlo en torno al diálogo entre los implicados, la responsabilización del victimario y la reparación de la víctima y de la comunidad[64]. Ello no obstante, con un enfoque más realista, no parece viable prescindir de forma

60. *Vid.* con más detalle Zehr, H., *Cambiando la lente…,* cit., p. 158 y ss; Marshall, T., *Restorative Justice…,* cit., p. 17 y ss; Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit., p. 85 y ss; Tamarit Sumalla, J.M., «La justicia restaurativa…, cit., pp. 56-60; Tamarit Sumalla, J.M., «El necesario impulso…, cit., pp. 42 y ss.

61. Tamarit Sumalla, J.M., «La justicia restaurativa…, cit., pp. 31-33.

62. Sobre el cumplimiento de los fines del Derecho penal a través de la Justicia Restaurativa, *vid.* Dandurand, Y. y Griffiths, C.T., *Manual sobre programas…,* cit., p. 82 y ss y Ríos Martín, J.C. (Dir. y Coor.), *La mediación penal…,* cit., pp. 55-67.

63. Cfr. Ríos Martín, J.C. (Dir. y Coor.), *La mediación penal…,* cit., p. 31 y Pasqual de Riquelme Herrero, M., «El movimiento…, cit., p. 226.

64. Ríos Martín, J. C. (Dir. y Coor.), *La mediación penal…,* cit., pp. 84-85.

absoluta del sistema actual[65], de manera que el planteamiento alternativo tendrá que afanarse —al menos por el momento— en conseguir proyectarse sobre el mismo a través de la implementación de instrumentos específicos[66]. Con todo, la coexistencia de dos sistemas paralelos[67] es igualmente cuestionada y gana adeptos la apuesta por la integración de ambos modelos[68]. Veremos qué nos depara el futuro.

65. Armenta Deu, T., «Justicia restaurativa, mediación penal y víctima vinculación europea y análisis crítico», en *Revista General de Derecho Europeo,* nº 44, 2018, p. 210.

66. Domingo de la Fuente, V., «Justicia restaurativa como ciencia penal o social, encaminada a mejorar la justicia», en *Educació Social. revista d'Intervenció Socioeducativa,* nº 67, 2017, pp. 73-90.

67. Posición defendida por Zehr, H., *Cambiando la lente…,* cit., pp. 207 y ss.

68. En este sentido, Tamarit Sumalla, «Justicia reparadora… cit., pp. 454.

13 | Sobre la actualidad y utilidad de los conceptos fundamentales del Derecho procesal

Prof. Dr. Manuel Lozano-Higuero Pinto
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Cantabria

Respecto a la cuestión que se formula en la hora presente acerca de los conceptos fundamentales del Derecho Procesal, de modo preliminar, y con carácter metodológico, tendríamos que preguntarnos sobre el significado y alcance del término utilidad. ¿Qué quiere decirse con ello? Esto ha sido debatido desde antiguo en la doctrina[1]. Deberíamos, pues, plantearnos si la pregunta que enmarca el tema a tratar se refiere a la utilidad de los conceptos fundamentales (esto es, los que han venido moldeando, como pilares metodológicos, las aproximaciones dogmáticas desde hace 80 años, por tanto, el denominado trinomio sistemático de CALAMANDREI o la trilogía estructural de PODETTI, etc.) o solo a *conceptos*, cuales quiera que estos sean y si debe, por tanto, también operar el artículo *del* (Derecho Procesal) o mejor sustituir por la proposición *en* (Derecho Procesal).

1. «Fare della teoria utile» (hacer ciencia útil), SCIALOJA, V., «Derecho Práctico y Derecho Teórico», Trad. SENTÍS, *Rev. Der. Proc. Argentina,* 1955, 1ª parte, pp. 153 y ss (originariamente en italiano, en *Riv. del Diritto Comerciale e del diritto generale delle obligacioni,* 1911, 1ª parte, pp. 941 y ss). La frase ha hecho fortuna y, de una u otra forma, ha sido seguida por CALAMANDREI: «La jurisprudencia, si bien es una ciencia, debe ser una ciencia útil, esto es, preordenada a los fines prácticos de la justicia», en «También los jueces son hombres», *Estudios sobre el proceso civil,* Trad. SENTÍS, EJEA, Buenos Aires, 1962, p. 252. Ciencia aplicada, integrada por una suma de conocimientos científicos y técnicos adaptados a un objeto útil, cfr. COUTURE, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 485; CHIOVENDA, G., «Del sistema en los estudios del proceso civil», *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentís Melendo, vol. I, Buenos Aires, 1949 (1930), pp. 375 y ss., «toda dirección con sus defectos, con sus inevitables desarmonías, tiene su momento; y hoy en los estudios del proceso, predomina la dirección sistemática. Gran parte de estos estudios están absorbidos por la revisión de los conceptos fundamentales, por la busca de las grandes líneas directrices, por el análisis de los institutos en su esencia, en su pertenencia, en sus actividades. Esto agudiza el conflicto, no digo entre la teoría y la práctica, que no existe, sino entre teóricos y prácticos, que en nuestro campo fue siempre vivo, como en todos los casos en los que al estudio de los principios debe unirse una preparación técnica». BUNGE, M., *La ciencia, su método y su filosofía,* Siglo XX, Buenos Aires, 1985, p. 34, predica el adjetivo útil de toda ciencia: «La ciencia es útil porque busca la verdad, la ciencia es eficaz en la provisión de herramientas para el bien y para el mal». más ampliamente Ídem, Las pseudociencias, Laetoli, Pamplona, 2014, pp. 18, 53, 75, etc.

Repito, utilidad de los conceptos clásicos fundamentales (Jurisdicción, Acción, Proceso), o utilidad de otros conceptos fundamentales que sustituyan a la tríada clásica; o bien, si para impartir Justicia en el momento presente son precisos unos conceptos básicos, sean los que fueren. Irrefragable es la premisa de que es necesaria una cierta tecnificación o unos tecnicismos para hacer ciencia.

La idea de utilidad también es multívoca, no solo desde el plano léxico[2], sino desde el estrictamente filosófico[3]. Pero ¿son precisos estos menesteres para hacer e impartir justicia? Para hacer ciencia son necesarios constructos[4] o conceptos[5]. Ello es inexorable, pero también, como recordaba algún ilustre profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, en tercer curso de nuestra etapa estudiantil, postulando la idea de que el proceso es un alambicado sistema en el que nos hemos mirado el ombligo los procesalistas, se dice que Salomón hizo justicia sin proceso, olvidando que el proceso es, esencialmente, un contradictorio, tal que mantiene habitualmente la doctrina italiana, y el personaje bíblico respetó, con la cuestión que introdujo, el *audiatur et altera pars* cuando dió la palabra a la otra madre. También se arguye que en Estados Unidos la justicia opera sin acudir a principios axiomáticos y con ausencia de conceptos básicos, particularmente abstractos o apriorísticos, pero del mismo modo esto es esencialmente rebatible. La diferencia entre el *common law*, que tímidamente trasciende generalizaciones empíricas, y el *civil law*, partidario desde el iusracionalismo germánico y el neokantismo de abstracciones y conceptualizaciones apriorísticas, no es tal, si se acude, sin prejuicios, a los resultados. No es posible, sin prevenciones, aceptar, sin más, brindis al sol o formulaciones para la galería, como sucede en un caso extremo de *clare loqui*, representado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de octubre de 2018 (sección 16, ponente Sr. Cubero, de la que da noticia *El País* en esa misma fecha[6]).

En definitiva, toda ciencia debe agruparse y concentrarse sobre conceptos. Entre ellos debe existir un rango axiológico, así como técnico e, incluso, artís-

---

2. El *Diccionario* de la Real Academia Española define *utilidad* como 1) Cualidad de útil (siendo útil, que trae o produce provecho, comodidad, fruto o interés); 2) Provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo. *Vid.* https://dle.rae.es/?id=bCawSIl

3. Bunge, M., en *Diccionario de filosofía,* 3ª ed., Mexico DF, 2005, p. 214, entiende *utilidad* como «valor subjetivo o provecho para un sujeto», esto es, «la ganancia —ya sea material, estética o moral— procedente de una acción o atribuida a un objeto o a un proceso».

4. Para Bunge, *ibídem*, p. 36, constructo es «un concepto una proposición o un conjunto de proposiciones, tales como una clasificación una teoría o un código legal».

5. Bunge, *ibídem*, p. 31, define *concepto* como «una idea simple, la unidad de significado, el bloque de construcción de una proposición».

6. La noticia sobre esta sentencia y su contenido puede encontrarse en el diario *El País* https://elpais.com/politica/2018/10/19/actualidad/1539960909_897946.html.

tico. El famoso trinomio sistemático (CALAMANDREI), trilogía estructural (PODETTI) o trípode (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO), en cuanto a los constructos que los constituyen, podrá variar en el tiempo respecto a su alcance y contenido, pero, a nuestro ver, tiene validez por su función vertebradora y orientadora de la expresión y raciocinio en que debe precipitar la impartición y petición de justicia, más allá de su valor sistemático y propedéutico. Ni exageraciones y abstracciones que los desvinculen de la realidad práctica, ni simplificaciones pedestres.

Para una adecuada aproximación al problema de la utilidad y vigencia de los conceptos fundamentales, debemos situar la cuestión en el tiempo y en el espacio, pero también habremos de partir de una premisa de carácter metodológico, y esta es que la cuestión de la existencia, valor y rango interno y externo de unos conceptos fundamentales nace en el seno del proceso civil y en una época determinada (1939-1941)[7]. Para la autonomía de nuestra ciencia siempre se ha tenido que acudir a un concepto que la diferenciara de las otras ramas del árbol jurídico o sectores de la Jurisprudencia, entendida como Ciencia del Derecho. Ya, desde 1748 aflora el de acto procesal (*prozesshandlung*), acuñado por NETTELBLADT, luego, el esfuerzo sistemático de construir una *parte general* (*allgemeine Teil*, CLAPROTH y MARTIN[8]), el momento fundamental que supone la aparición del método de las *Prozessmaximen* y la elaboración de los principios generales; la *Verhandlungsmaximen*, en particular gracias a la obra de GÖNNER[9] y, en general, los autores inspirados en ideas iusracionalistas y

---

7. Para este menester y el del desarrollo ulterior, permítasenos la autorremisión a nuestra *Introducción al Derecho Procesal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 44-51.

8. Cfr. LOZANO-HIGUERO, *Introducción*…, ob. cit., p. 45, n. 66.

9. Sobre esta etapa, *vid.* NÖRR, K. W., *Naturrecht und Zivilprozeß: Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*. Tübingen, 1976, y, del mismo, «Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale», *Rivista di Diritto Processualle*, núm. 1 (2004), pp. 1 y ss.; CARNACINI, T., «Tutela jurisdiccional y técnica del proceso», trad. Romo, *rev. Fac. Dcho.*, *México*, 1953, núm. 12, pp. 121 y ss. Acerca del principio dispositivo, como equivalente a la *Verhandlungsmaxime* de GÖNNER, hay una catarata de equívocos, desde decir que el art. 148.1 CE regula un denominado principio dispositivo (en los ámbitos constitucionalistas y administrativistas) hasta otras menores. También, cfr. DAMRAU, J., *Die Entwicklung einzelner Prozeßmaximen seit der Reichszivilprozeßordnung von 1877*, Paderborn, 1975; igualmente, *vid*. LOZANO-HIGUERO, «Principios dispositivo, de controversia y acusatorio: origen histórico, deferencias y significado actual», en *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Montevideo, 1999, pp. 273 y ss.
Es necesario, por tanto, acudir a las fuentes originales. En este sentido, Cfr. GÖNNER, N. T., *Erörterungen über den gemeinen Prozeß*, Bamberg, 1799, pp. 48 y ss.; anticipación de lo que sería luego desarrollado en su manual id., *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses,* vol XI, Erlangen, 1801, p. 260 y ss; 2ª ed. 1804, vol. VIII, pp. 173 y ss., esp. p. 182, «*Iudex ex officio non procedit*… máxima de la controversia puesto que todo depende de las alegaciones de las partes». Sin embargo, la más feraz de las *maximen*, el *Dispositionsprinzip*, se crea, con esta veste por ORTLOFF. Cfr. ORTLOFF, H., *Der Strafverfahren in seinen leitenden. Grundsatzen und Hauptformen*, Jena, 1858, pp. 61 y ss. Esto es, por un penalista, bien es cierto que MITTERMAIER (*Handbuch des peinlichen Prozesses*, Erlangen, 1810; e incluso, anteriormente, BAUER, A., *Handbuch des peinlichen Prozesses*, Erlangen, 1810) ya había, traslaticiamente, operado con el *Maximenmethode,* pero es ORTLOFF quien genere, posteriormente a la *Verhandlungsmaxime*, la *Dispositionsmaxime*, que termina superponiéndose a aquella englobándola y confundiendo a la mayoría de la doctrina procesal.
En cualquier caso, la validez del método de las *Maximen* y su feracidad, tan cuestionado [por ejemplo, ORTELLS, M., «Los principios rectores del proceso penal (Tendencias actuales en Derecho español)». *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Universidad Autónoma Nacional de México, México, 1998, p. 510 y 511 y n. 1-12], se muestra en la

neokantianas, aunque estas direcciones iusfilosóficas fueran menos preciadas por los coetáneos y sus siguientes inmediatos, así, DEGENKOLB[10]. La polémica sobre la *actio*, la *Anspruch* y la *Klage*, de WINDSCHEID y MUTHER (1856-1857), el concepto de relación jurídica procesal, BÜLOW (1868); la teoría de la acción abstracta de DEGENKOLB y PLÖSZ (1876-1878); la idea de acción concreta de WACH (1881-1885), más fecunda sistemáticamente y elevada. Para entronizarse el concepto abstracto de acción con la obra de ALFREDO ROCCO sobre la sentencia civil de 1906 y su posterior alcance integral con la aportación de CARNELUTTI en 1927 (en las *Lezioni*). Pero es en 1939-1941 cuando CALAMANDREI[11], como hemos dicho, alumbra el trinomio sistemático, si bien, al recordar la textualidad de su aportación, la refiere a un código de Derecho Procesal[12]: «no es posible iniciar con utilidad el estudio descriptivo y exegético de un Código de Derecho Procesal sino es partiendo de tres nociones fundamentales, de orden sistemático, que no están definidas sino presupuestas por las leyes positivas: jurisdicción, acción, proceso». Esto es, lo que importa aquí subrayar es que CALAMANDREI se refiere al estudio de un código procesal. En concreto, tiene a la vista el que él ha redactado junto con CARNELUTTI, REDENTI y CONFORTI y, aunque diga del carácter presupuesto de estas tres nociones, se está refiriendo al Código italiano de 1940, con lo cual, lo que él apunta temporalmente, a esa fecha, 1940-1941 y, parcialmente, a ese texto normativo determinado, ha sido elevado y categorizado por la doctrina posterior. Volvemos a insistir, se liga a un texto específico y a una época obvia: al proceso civil de 1940. El trinomio nace y se aplica a un corpus normativo singularizado en una época determinada y dentro de la rama civil. Así pues, CALAMANDREI, en el asendereado y sinuoso trayecto hacia la autonomía científica del Derecho Procesal «Civil» respecto del Derecho sustantivo, añadió al requisito de un cuerpo-código normativo separado del correspondiente de Derecho material, aquí el Codice di Procedura Civile de 1940, y el de un sistema epistemológico de calificaciones propio: singularmente el concepto de acción procesal, además del de proceso como relación

---

realidad práctica, y casi más que en el proceso civil, en el proceso penal, que fueron, como hemos señalado, donde cristalizaron las máximas iniciadas por GÖNNER y, luego, por ORTLOFF. Así, como ejemplo, en el juicio penal tan actual como el del denominado *Procés*, en el que se juzga a los independentistas golpistas catalanes (causa especial 20907/2017), surge un incidente a raíz del correcto entendimiento y virtualidad del art. 708 LECrim y de si, habiendo traído a un testigo una de las partes (la acusación popular, en este caso), puede otra de las partes acusadoras formularle una pregunta no deducida por aquella parte que lo propuso. Entra en cuestiones como el objeto del proceso, el principio de contradicción, al decir del presidente del Tribunal, Dr. Marchena, y, añadimos nosotros, el rento entendimiento de la *Verhandlungsmaxime*, principio de controversia, estricta y filosóficamente traducid, y no como aproximativa y limitativamente se ha advertido, principio de aportación de parte.

10. *Vid.* DEGENKOLB, H., *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1877, p. 1, n. 5.

11. Sobre la obra y pensamiento del maestro florentino, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «La teoría del derecho en la obra de Piero Calamandrei», *Revista de Derecho Constitucional europeo*, núm. 8 (2007), pp. 263-298; CIPRIANI, F., *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti, leggende, interpretazioni, documenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007; también dos artículos de CAPPELLETTI, M. «Piero Calamandrei (Datos biográficos)» y «Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad», Revista de la Facultad de Derecho de México, núm. 24, (1956), pp. 9-11 y 153-189

12. *Vid.* nuestra *Introducción…,* ob. cit., p. 48, sobre Calamandrei y la génesis de la trilogía conceptual.

jurídico-pública, su agrupación con el de Jurisdicción en una tríada que asentaba sistemáticamente la inteligencia de dicho Código y las instituciones en él comprendidas. Jurisdicción, Acción y Proceso eran, pues, los tres pilares que vertebraban institucionalmente el Codice di Procedura Civile. La puerta, por tanto, estaba abierta a su perfección lógica ulterior por la mayoría de la doctrina y a la entronización de la fórmula *calamandreiana* con diversas denominaciones: trilogía, trípode, etc. Pero esto fue, salvo error u omisión, un hito metodológico aislado respecto a otros sectores jurídicos.

Como exponemos a continuación, esto no ha sucedido para el proceso penal ni, salvo error u omisión para otras disciplinas jurídicas. Por ejemplo, en el Derecho Penal no se destaca en la doctrina científica penalista que haya una triada de conceptos básicos reconocidos por todos. Naturalmente que se podrían manejar varios tríos (p. ej., delitos, penas, medidas de seguridad) que son el núcleo del Derecho Penal, pero éstos no son categorías generales elaboradas científicamente, sino conceptos casi descriptivos (aunque sean normativos, claro) de los objetos de regulación de las normas penales. Aparte de eso, el trío de elementos se puede convertir de inmediato en cuarteto si se precisa más y se añaden las normas jurídico-penales que regulan el trío; o en quinteto. Si se añade el delincuente (y sus circunstancias) al delito como presupuesto de las sanciones penales; o en sexteto si, en las sanciones penales, a penas y medidas, se les añaden las discutidas sanciones a personas jurídicas.

Y en la teoría general del delito sí existe para muchos un trío de categorías generales elaboradas mediante abstracción por la dogmática jurídico-penal: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Pero otros reducen la tríada a una estructura bipartita: tipo de injusto o de ilícito (o para otros, injusto típico) y culpabilidad, uniendo por tanto tipicidad y antijuridicidad o ilicitud. Y otros muchos precisan que antes de esos elementos, sean tres o dos, hay un elemento autónomo previo con entidad propia, que es la acción o conducta humana, que será la base de los demás, una conducta típica y antijurídica (o típicamente antijurídica) y culpable o, en otras terminologías, personal o subjetivamente responsable o atribuible. Por último, aunque sea un postrero elemento marginal, queda la punibilidad como elemento o requisito adicional necesario en algunos delitos[13].

Respecto al proceso penal, aunque en España, a diferencia de los tratadistas de la especialidad en el Derecho comparado, abarquemos los dos sectores, esta tríada conceptual no ha sido nunca asumida. Así, ya desde James GOLDSCHMIDT se advertía[14] de la inconveniencia de la transmisión mecánica de las categorías del proceso

13. *Vid.* LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Hispamer, Managua, 1996, pp. 48 y ss.

14. Cfr. GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales del Proceso,* vol. II, EJEA, Buenos Aires, 1961 (1935), pp. 43 y 49.

civil al proceso penal. Nuestro máximo procesalista, sin duda, el más elevado en el tratamiento del proceso penal, GÓMEZ ORBANEJA[15], advertía también de las dificultades del trasplante de los conceptos del Derecho Procesal civil al penal, entre otras cosas porque si, de una a otro podía haber elementos comunes, los principios eran diferentes, de manera que sirven los conceptos y presupuestos procesales de la acción jurídica procesal, pero no así los de acción, cosa juzgada, carga de la prueba, o presunciones legales o de parte. El propio BELING[16] se refiere a conceptos básicos como el de objeto del proceso, el de acto procesal, sujeto procesal, relación procesal, derecho procesal subjetivo, deberes procesales, etc., pero no establece ni una jerarquía, ni un carácter más predominante o primacía de unos conceptos sobre otros; aunque sí recalca que «la determinación del contenido de las normas procesales penales, está sometida ante todo a las leyes generales del pensamiento jurídico (y por tanto a las leyes generales del pensamiento). Por ello, son fundamentales para la ciencia del Derecho procesal penal los «conceptos básicos formales» (las «categorías del Derecho») que acompañan necesariamente al concepto de Derecho», concluyendo que las «construcciones jurídicas son necesarias para enunciar con claridad y precisión los problemas y para exponer los resultados»[17]. Además, BELING se refiere a su utilidad señalando que «el contenido de las normas está creado en el mundo de las representaciones empíricas de la utilidad («jurisprudencia de intereses»), de suerte que sólo se puede considerar como tales normas las que mediata o inmediatamente están de acuerdo con los puntos de vista utilitarios de la clase directora de la comunidad que se da el Derecho»[18].

Pero ¿los conceptos fundamentales siguen operando en la realidad? Desde luego, un ejemplo destacadísimo lo constituye la causa especial 20907/2017 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que no solo se ocupa de la utilización, interpretación o presencia de conceptos como el de violencia a la hora de integrar el tipo de rebelión, sino que, así en el auto de confirmación de procesamiento de 9 de mayo de 2018, FJ 4º, dictado por el Sr. Llarena, se señala que «el objeto del proceso es de cristalización progresiva». Aquí podemos observar como un constructo tan fundamental para el proceso penal, tal como nos enseñaron BELING y GÓMEZ ORBANEJA[19], es de radical importancia y aplicación práctica en un asunto extremadamente relevante en nuestros días[20].

---

15. *Vid.*, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., s. e., Madrid, 1984, p. 6; también en *Derecho y Proceso*, Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 196 y 197

16. *Vid.* BELING, E., *Derecho Procesal Penal*, trad. Fenech (aunque posiblemente la traducción sea obra de Werner Goldschmidt) Labor, Barcelona, 1943 (1928), p. 16.

17. Cfr. BELING, *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 15.

18. Ibídem.

19. Sobre la cuestión del objeto del proceso *vid.* LOZANO-HIGUERO, *Introducción…*, ob. cit., pp. 151 a 155.

20. Una visión sorprendente, más incursa en la literatura de viajes y en la sexta acepción del DRAE del término, y sobre todo, en el afán de tapar que en lo científicamente riguroso en NIEVA FENOLL, «Seis conceptos en busca de un objetivo: jurisdicción, acción, proceso, derechos, pena y delito», *Política criminal*. núm. 23, 2007, pp. 103-123, en que

Conclusiones

1. En todo quehacer de investigación académica que se precie como tal, cabe proceder conforme a las reglas generales de la búsqueda científica, y esta averiguación científica tiene que plasmarse, y emplear previamente, para llegar a una adecuada exposición de los logros y resultado, tecnicismos. En nuestro caso, tecnicismos jurídico-procesales. Ciertamente, estos pueden tener un componente diverso y alcance diferente según el sistema jurídico-cultural (el *civil law* o el *common law*), pero si el casuismo ofrece ventajas en cuanto a espontaneidad, flexibilidad y adaptabilidad al caso concreto, el método continental, con su formulación de conceptos plasmados en principios generales, permite una mayor seguridad jurídica, profundidad, certeza en la hermeneusis y garantiza, así, en las respuestas jurisprudenciales, mayor igual ante la ley para casos semejantes, profundidad y rigor. El método continental, sin exacerbaciones apriorísticas, entreverado axiológicamente por valores y garantías constitucionales y conforme a pautas de racionalidad y proporcionalidad, se configura, a nuestro ver, como supe-

---

sienta una serie de afirmaciones apodícticas, que tienden más a llamar la atención del poco avisado lector que a profundizar en los problemas y analizar las categorías, quedando en meras anécdotas cuando no en simples *boutades*, pretendiendo fijar mediterráneos ya descubiertos y pacíficos desde hace muchos años, así como científicamente asentados en el acervo dogmático procesal. Todo ellos con empleo desviado de las fuentes bibliográficas, omisiones o tergiversaciones frecuentes. A nuestro ver, puede ponerse en tela de juicio la virtualidad u oportunidad de las discusiones sobre la naturaleza de la acción, pero la feracidad sistemática del concepto y su valor para la independencia y autonomía científica de nuestra disciplina son irrefragables (*vid.* LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 43 y ss.). La reflexión de NIEVA tiene disfunciones como insertar a SAVIGNY en la teoría concreta (p. 111), así como de otro orden, tal como afirmaciones, en el frontispicio del trabajo, relativas a la separación entre Derecho Penal y Derecho Procesal que, al menos en su estudio, fueron especializadas al ser difícil que un estudioso fuera experto en ambas. No deja de ser prejuicioso y obediente a un punto de partida que surge habitualmente en la dogmática penal, pero que científicamente, a nuestro ver, es incorrecto. Solo basta con recordar los casos clásicos de BELING, J. GOLDSCHMIDT (el más completo y elevado en las disciplinas que abordó a nuestro juicio: Teoría General del Derecho, Filosofía del Derecho, Derecho Penal, Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal) o, últimamente, ROXIN. Las razones de la especialización científica y de las disciplinas jurídicas separadas puede verse en DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España* vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 3ª ed., 1955, p. 135, n. 11, con citas de los trabajos de CONDE y RUBIO. Es totalmente lícito, en términos conceptuales, poner en cuestión la pertinencia de abordar, una vez más, los problemas sobre la acción, como lo es, a nuestro ver, que a veces envuelve una impotencia metodológica (el «no están maduras»), una pereza epistemológica o un larvado e inconsciente autoritarismo político, opacando a la Acción y potenciando a la Jurisdicción (LOZANO-HIGUERO, *Introducción*…, ob. cit., pp. 126 y ss.). Los intentos de minusvalorar la utilidad y el valor sistemático y propedéutico del concepto de Acción dejan sin explicar muchos fenómenos e instituciones de lo procesal, así como la ubicación de determinadas figuras fronterizas entre el Derecho Procesal y el Derecho Material. Así, las «condiciones» de la acción/pretensión; en fin, NIEVA, en aras de un pretendido sistema integral del Derecho Penal, se sacrifica la autonomía del Derecho Procesal y se retrocede ciento cincuenta años en la independencia científica de la Disciplina. Las confusiones y disfunciones metodológicas de este autor son constantes, v. gr., las del fin con el resultado del proceso (sobre la cosa juzgada como distintivo de la función jurisdiccional, *vid.* la recensión de CARNELUTTI, en *Riv. Dir. Proc.*, 1937, p. 38 a la *Teoría General del Proceso* de J. GOLDSCHMIDT). Ítem más del totum revolutum de no perfilar epistemológicamente entre brocardos y principios (máximas procesales) obviando, con salto espacial y temporal de seis siglos y países diversos, el sustrato filosófico-político común a ambos común a ambas (NIEVA, ob. cit., p. 116, n. 66 y 67), con manifiesta y reprochable preterición de GÖNNER, creador del *Maximenmethode* (1801-1804) y ORTLOFF, acuñador de la expresión *Dispositionsmaxime* en 1858 y de las proyecciones y consecuencias dogmáticas derivadas de la trilogía: *Verhandlungsmaxime* (principio de controversia, limitadamente traducido y utilizado como principio de aportación de parte), *Dispositionsmaxime* (principio dispositivo) y *Untersuchungsmaxime* (principio inquisitorio).

rior al del *case law*, incluso de más feracidad práctica en sectores como el del proceso penal y el del administrativo.

2. Los conceptos fundamentales del Derecho Procesal, en su versión de trinomio sistemático, se fijan por CALAMANDREI en 1941. Pero esta postulación del ilustre jurista florentino se halla condicionada por los siguientes elementos espacio-culturales y temporales: a) se vincula a la interpretación de un código procesal, implícitamente, el civil italiano de 1940; b) consecuentemente, al ámbito estricto del derecho procesal civil; c) a una época política y legislativa determinada (Italia mussoliniana)[21].
3. Los conceptos básicos sentados desde esa época, Jurisdicción, Acción y Proceso, no tienen un alcance y contenido apriorístico-necesario[22], sino que evolucionan, se adaptan y moldean en razón del espacio y del tiempo. Su validez, utilidad y feracidad, sobre todo en cuanto constitucionalmente positivizados, entendidos y, desde luego, aplicados, es incuestionable. Así, el de acción como tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y los problemas que suscita respecto a la predicada efectividad de la respuesta judicial interesada y su eventual satisfacción (ya sea con una resolución fundada en derecho, aunque no sea de fondo o, normal y deseablemente, con una resolución de fondo).
4. El concepto de jurisdicción ha ido adquiriendo nuevas virtualidades cuando se ha separado del corpus normativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, sobre todo lo atinente a la mal denominada jurisdicción voluntaria, al ubicarse lo relativo a esta en una nueva norma (Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).
5. En la tutela cautelar, en los tecnicismos de carácter latino que la informan (esencialmente, *fumus boni iuris*, *periculum in mora)*, encontramos, ya se predique la autonomía para el proceso civil o bien no, conceptos y constructos de indudable vigencia y utilidad en el diario devenir forense, no solo en el proceso civil, sino en los restantes sectores ordinamentales procesales. Puede decirse que el s. XXI es el siglo de las tutelas urgentes[23], las cuales se moldean sobre los tecnicismos antedichos.
6. Son de plena actualidad y vigencia el concepto de proceso y sus garantías, los principios que lo informan, en particular los de audiencia y defensa, así como los tecnicismos que se suscitan y emplean en materia probatoria: máximas de experiencia, sana crítica, etc. El viejo adagio jurídico y social: *no basta con tener razón, sino que hay que saber pedirla y que te la den*, debe completar-

---

21. Sobre las corrientes al respecto, véase mi *Introducción…*, ob. cit., pp. 16-21.

22. En este sentido, rectifico y matizo mi concepción fenomenológica, en la estela de REINACH y HUSSERL, de la que ahora me aparto, siguiendo a BUNGE (crítico con los malabarismos verbales de esa corriente de pensamiento en *Entre dos mundos*, Cedisa, Barcelona, 2014, p. 211), en mi *Introducción…* ob. cit., pp. 50, 51 y 218.

23. Un panorama general y comparado sobre el avance de las tutelas cautelares, sumarias y urgentes puede verse en PELLEGRINI GRINOVER, A., «Procedimientos preliminares y sumarios: alcance e importancia» en STORME, M; GÓMEZ LARA, C. (Coords.) XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, vol. I, UNAM, México DF, 2013, pp. 169 y ss.

se y actualizarse enunciando que *no basta con tener razón, sino que hay que saber pedirla, saber acreditarla (prueba prima facie, principio de prueba), saber probarla y que te la den*. Los conceptos de proceso y procedimiento, distinguiendo una y otra figura, son sumamente relevantes, en particular, respecto a la multiplicidad de procedimientos administrativos que, por influjo doctrinal y expansión del art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratan de importar las garantías procesales a la tramitación procedimental.

7. Respecto al proceso penal, como hemos anticipado: objeto del proceso, hecho justiciable, imputación, cosa juzgada, etc., continúan su vigencia y utilidad, como lo es el concepto y alcance de lo que sea jurisdiccional y su naturaleza, en particular respecto a la instrucción preparatoria y la investigación no judicial. Así, un proyecto normativo como el del Código Procesal Penal de 2013, de estimable factura técnica, aunque con desaciertos e impropiedades léxicas y confusiones e imprecisiones en los tecnicismos, por ejemplo: investigado/encausado, contiene un Título Preliminar (arts. 1 a 20) obediente a la técnica principialista (Maximenmethode) y sigue utilizando, con intenciones técnico-dogmáticas los conceptos básicos de Jurisdicción, Acción y Proceso (junto a otros vinculados como los de cosa juzgada y objeto del proceso), aunque incurra en impropiedades y contradicciones, como en el art. 88, cuando dice que la «acción penal constituye el objeto necesario del proceso penal», cayendo así no solo en un exceso dogmático, sino en antinomias, confusiones y duplicaciones con otros preceptos del mismo texto [arts. 59, 95.1, 96.2.a), 152.1, 153 in fine, 181.1.c).1ª, 248, 497.1]. Se confunde, pues, lo que es un hecho con referencia normativa en que se den los elementos del tipo penal o, como nos enseñó Beling el asunto de la vida, (causa, res) en torno al cual gira el proceso (objeto), con lo que es un derecho previo al proceso (acción), aunque luego se reconozca, dicho derecho, progresivamente, en el desenvolvimiento escalonado del proceso penal pero que, en cualquier caso, el constructo de la acción como objeto del proceso penal no sirve para resolver ingentes problemas como son los de la litispendencia, cosa juzgada y correlación entre acusación y sentencia, pues la acción, en el proceso penal, es radicalmente un derecho de acusar meramente formal, sin contenido material alguno, cometido que sí cumple el objeto del proceso, como hecho individualizado considerado como delito. En cualquier caso, el juicio conjunto respecto al texto de 2013, resulta favorable, aunque no compartamos de modo esencial el modelo que introduce de atribución de la investigación previa al Ministerio Fiscal y las restricciones que establece a la acción popular.
8. Del proceso administrativo puede repetirse lo antedicho respecto a la supletoriedad del art. 4 LEC y la actualidad de los problemas derivados de las medidas cautelares[24] y la dualidad de proceso y procedimiento. En el proce-

24. Respecto de la tutela cautelar en el proceso administrativo y la cuestión, *vid.* los estudios recopilados en García de Enterría, E., *La batalla por las medidas cautelares*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2004, en especial pp. 201-229, sobre la

so laboral, la feracidad de los tecnicismos, con las peculiaridades de la jurisdicción social, se demuestra también, en punto a las medidas cautelares y, en particular, respecto a los poderes de dirección del juez, tanto materiales como procesales, así como el concepto de oralidad y los tecnicismos y principios subsecuentes[25].

9. Por último, el proceso constitucional ha revivido la utilidad y propiedad de los conceptos básicos en la realidad española por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, reformando la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En particular, respecto a la jurisdiccionalidad de determinadas resoluciones del Tribunal Constitucional y las cuestiones que se suscitan alrededor del proceso de ejecución constitucional. Así, titularidad/competencia funcional e, ínsito a todo ello, lo derivado de la *acción* ejecutiva, los límites entre proceso, procedimiento e incidente[26], regulaciones poco afortunadas en el empleo de los tecnicismos, como llamar incidente de ejecución a lo que es pura y meramente, a nuestro ver, un proceso de ejecución y, repetimos, trascendiendo a la estricta jurisdiccionalidad de los actos desarrollados en el proceso de ejecución constitucional desplegado e innovado por la Novela procesal constitucional de 2015.

---

recepción por parte del Tribunal Supremo de la doctrina de medidas cautelares iniciada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso *Factortame*, consolidando el por mi denominada *principio de la indemnidad de la tutela* (*vid.* mis trabajos *Constitución y proceso. El principio de imposición de costas*, Universidad de León, León, 1987, pp. 15, 19-21; «Sobre conceptos fundamentales del proceso penal en el sistema espacio-temporal de las garantías constitucionales supranacionales» en *Estudios de Derecho Español y europeo*, Universidad de Cantabria, Santander, 2009, pp. 499 a 519; o «Prólogo» de la obra de Renedo Arenal, M. A., *Problemas del imputado en el proceso penal*, Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 21 a 36.

25. Sobre el proceso laboral y su plena integración en la ciencia procesal, frente a aquellos que lo adscriben como un apéndice del Derecho del Trabajo, Renedo Arenal, M. A., «Aplicabilidad de la Teoría General del Derecho Procesal a la rama social del mismo» en Neira Pena, A. (Dir.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 231-241.

26. *Vid.* sobre estas cuestiones Lozano-Higuero Pinto, M., «La reforma de la justicia constitucional en 2015 (Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre)» en Rodríguez Tirado, A. M., (Dir.) «Cuestiones actuales de derecho procesal. Reformas procesales. Meditación y arbitraje», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 109-130.

14 | Notas sobre la recuperación del tiempo perdido respecto al proceso penal y los senderos para su búsqueda

Prof. Dr. Manuel Lozano-Higuero Pinto
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Cantabria

La sugestiva imagen, de raíz claramente proustiana, de que el proceso penal deba recobrar el tiempo perdido, en la presencia y concurso de los ilustres compañeros que integran la mesa que ha de ocuparse del debate sugerido, me lleva a que, más que utilizar la magdalena de Marcel Proust, prefiera derivarla a la bellísima metáfora de Hesse sobre aquella piedra que Max Demian lanzó en el pozo del alma joven de Emil Sinclair[1]. En efecto, espero y deseo que los ilustres compañeros concurrentes a la mesa lancen piedras al alma, a la mía ya provecta y a la joven del auditorio, al que supongo ávido de oír los estimulantes criterios y agudas reflexiones de todos los asistentes y participantes en este Memorial.

Permítanseme, por tanto, unas pequeñas pinceladas respecto a mis propias ideas sobre el particular.

En primer lugar: ¿es necesario recuperar el tiempo perdido?. ¿Desde cuándo se ha perdido y por quién y a causa de qué?. Que ha pasado mucho tiempo desde que nació nuestra ya vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal, es una obviedad y un dato irrefragable (1882), pero, de tres/cinco años anterior (1877/1879), es la StPO alemana y ahí está, con reforma profundas, pero no tiene, salvo error, omisión, o más fundado criterio, en su acervo invectivas sociales y doctrinales tan acusadas como sufre nuestra venerable Ley.

1. Hesse, H., *Demian,* Alianza, Madrid, 2003, p. 39: «Una piedra había caído en el pozo: el pozo era mi alma joven».

Ahora tan de actualidad por otros menesteres, el Presidente del Tribunal Supremo, Sr. LESMES, declaró el 21 de octubre de 2014 que «es una ley pensada para *robagallinas*, no para el gran defraudador, por lo que no resuelve los problemas actuales». Tan crudas opiniones no solo son injustas, sino, además, ignaras, y revelan el malhadado nacer y desenvolverse de esta loable ley, calificada por el gran James GOLDSCHMIDT[2] como la mejor[3] del mundo en su época y su

---

2. El notable y loable empeño de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en el prólogo de la recopilación por él editada de algunas obras de James GOLDSCHMIDT, con el título *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, tomo I, Marcial Pons; Madrid, 2010, p. 16, respecto a la obra de James GOLDSCHMIDT, le atribuye ser «el gran maestro del Derecho procesal, el padre que le dio forma y lo echó a andar independizándolo y despojándolo del Derecho romano y de los conceptos de Derecho privado que lo cubrían por completo». No seré yo quien rebaje los méritos de James GOLDSCHMIDT, a quien tengo por el procesalista que más nivel ha alcanzado en conjunto y compensadamente, en las diversas ramas jurídicas que abordó. Así, CARNELUTTI rozó la genialidad en el proceso civil, pero descendió mucho en el proceso penal y en los otros sectores de los que se ocupó (Teoría General del Derecho, Proceso Laboral, etc.). Sin embargo, GOLDSCHMIDT mostró, sin altibajos, en todos los sectores que desarrolló su actividad, un altísimo nivel. En todo caso, respecto a la paternidad de la autonomía científica del proceso civil, en la que la referencia de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, a VON BÜLOW es correcta, obvia la polémica entre WINDSCHEID y MUTHER, sino las de los iusnaturalistas y seguidores, y la de GÖNNER y sus máximas y antes, la del acto ptocesal de NETTELBLADT (*vid.* LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 44.). Una semblanza sobre la vida y obra de J. GOLDSCHMIDT puede verse en MEROI, A. A., «James Goldschmidt y sus aportes a la cultura jurídica de América del Sur (Trayectos intelectuales de un exilio)», *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 36, 2015, pp. 111-167.

3. Cfr, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, vol. II, UNAM, México DF, 1974, pp. 261, 295, 417 n. 8 y 482 n. 8; también GOLDSCHMIDT, J., *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, ed. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 599. Como ha recordado CACHÓN, con su proverbial rigor y erudición, estos elogios de James GOLDSCHMIDT a la LECrim son referencias indirectas de ALCALÁ-ZAMORA a través del testimonio de Javier MALAGÓN. Sin embargo, en su artículo «La revolución judicial en España», publicado en francés, en *el Bulletin Trimestriel de la Societé de legislatión Comparée* 1939, fasc 2º, pp. 213 y ss. recogido en *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, t. I, ob. cit. pp. 595-601, literalmente dice «efectivamente, se trata del código de procedimiento penal más avanzado del continente» (p. 599).

Excursus *sobre James GOLDSCHMIDT y su influencia en el proceso penal español* - Varias veces he sostenido en exposiciones orales o explicaciones docentes que, a mi ver, James GOLDSCHMIDT es el padre del Derecho Procesal Penal científico en España (en similar sentido, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., «James Goldschmidt», *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 692-706, en especial, p. 699*)*, en virtud de sus conferencias pronunciadas en las Universidades españolas (Madrid, Sevilla, diciembre 1934-marzo 1935) reunidas luego en el tomo *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. *Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935*, Labor, Barcelona, 1935, que omite la referencia a la conferencia de Sevilla en su subtítulo [igualmente contenido en *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, t. I, ob. cit., pp. 745-811]. Pero, también, el sino trágico de la familia Goldschmidt se perpetúa con el *cursus* de su hijo Werner GOLDSCHMIDT, que vino con él a España en 1934, convalidó su título jurídico en la Universidad Española y colaboró en diversos medios y revistas, realizando una notable aportación a nuestro acervo jurídico, muchas veces de forma obligadamente anónima. Así, como apunté en mi prólogo a la obra de RENEDO ARENAL, *Problemas del imputado en el proceso penal*, Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 22, la traducción del *Derecho Procesal Penal* de BELING, firmada por FENECH en Barcelona en (1943) es, muy posiblemente, obra de Werner GOLDSCHMIDT, como lo son inequívocamente las adiciones de las pp. 414 a 429 y, eventualmente, también, el propio prólogo firmado por PRIETO-CASTRO de las pp. V-X. También deducimos, de nuestras conversaciones con los profesores PRIETO-CASTRO y GUASP, que el primer Manual de FENECH fue obra del mismo WERNER GOLSDCHMIDT, de quien realiza un elogio, justo y elegante, GÓMEZ ORBANEJA en *Derecho y proceso*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 311, tras, previamente (p. 308), reconocer la deuda que el propio GÓMEZ ORBANEJA tiene con James GOLDSCHMIDT respecto a su teoría de la acción procesal penal. El sino trágico de los Goldschmidt, se narra en la presentación de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (*Derecho, Derecho Penal y Proceso,* t. I, ob. cit., pp. 15 y ss.), y concretamente respecto a Werner GOLDSCHMIDT [*Ibid.* p. 20, n. 33; sobre sus concepciones jurídicas y obra, *vid.* CIURO CALDANI, M. A., «Razones del trialismo (A Werner Goldschmidt, treinta años después)», *Investigación y docencia*, núm. 52, 2016/2017, pp. 111-167] se revela en que, como el propio GUASP me contó personalmente, cuando fui su alumno en los cursos 1969/1970 y 1970/1971, a pesar de haberse nacionalizado español, casado con una española, convertido al catolicismo, incorporado al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, regir una academia de preparación de opositores a la Justicia municipal, redactando los temas y

estilo. Dicho se está, hay que acercarse a la LECrim sin prejuicios desfavorables y sí con un tono de respeto, admiración en lo oportuno y mesura.

Pero ¿qué es lo que hay que buscar y qué se puede hallar?. Ahí está el *quid* de la cuestión, sobre todo después de la profunda reforma por las Novelas de 2015. Quizá el planteamiento deba ser o sea ir decididamente a un nuevo Código o Ley Procesal —no olvidemos que la LECrim también se autodenominaba Código (arts. 1 y 2 RD 14 de septiembre de 1882 y art. 1 LECrim), por lo que, lo que algunos plantean como novedad y avance, titularla *Código*, no es tal. El sistema de parcheo se ha agotado ya en sí mismo, con soluciones que, si pueden ser más o menos acertadas en cuanto a la técnica legislativa de fondo, desmerecen mucho el arte de legislar, *v. gr*. el farragoso e indigestible sistema de los números 588 *bis* a *octies* y sus subdivisiones, sencillamente horrendo; por no decir de las impropiedades léxicas por mí ya tratadas[4], que tienen su frontispicio en la propia denominación de la Ley Orgánica 13/2015, al referirse a la regulación de las medidas de investigación tecnológica, adjetivo este absolutamente inaceptable, pues literalmente dice de investigación de la tecnología, cuando debería decirse, *recte,* regulación de medidas de investigación penal de carácter tecnológico.

Si con el título de Código se quiere hacer referencia a una reforma completa y que abarque todo el articulado con profundidad, después de los intentos de 2011 (PSOE) y 2013 (PP). E incluso el último amago del Gobierno PP por boca del Ministro de Justicia, Sr. Catalá, de refundir ambos, esto parece oportuno, pero, en cualquier caso, debe acometerse de modo prudente y ajustado, y sin legisla-

---

encauzando a los discípulos, como fueron Carlos Viada Lopez-Puigcerver, Pedro Aragoneses Alonso, Gregorio Pascual Nieto, Antonio Pérez García-Margallo, Antonio Luna García —para quien, muy posiblemente, elaboró el proyecto de reforma titulado *La revolución judicial*, como también debe atribuírsele al propio Werner GOLDSCHMIDT el libro de FENECH, *La posición del juez en el Nuevo Estado*; trabajos científicos de gran calidad técnica todos ellos, pero nimbados y entreverados de ideología nazi, con lo cual se puede imaginar uno el amargo trago psicológico que pudo suponer para un judío exiliado—, pese a todo eso, en 1946, hubo una propuesta de varios catedráticos en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid, para dotar una cátedra de Estudios Superiores de Doctorado en dicha Facultad y nombrar para la misma a Werner GOLDSCHMIDT. Esta propuesta se frustró por la oposición vehemente del excepcional civilista, pero, en aquel momento, convertido al autoritarismo y racismo más feroces, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, alegando que no se podía otorgar tal merced a un judío. Ulteriormente, en 1947, Werner GOLDSCHMIDT abandonó España con destino a Tucumán, Argentina, acompañado de su esposa Dolores (familiarmente Dolo) Sánchez de Ron Alcázar. Sean, pues, estas líneas de reparación de esta tan tremenda injusticia y recuperación de la dignidad de la familia Goldschmidt. Esta época, en que un afán revisionista contra la loable Transición Española, que ha cerrado tantas heridas pretende exhumar restos del dictador y, por efecto de rebote, está provocando una visión edulcorada de la etapa franquista, menester es recordar las aberraciones que se produjeron en esos difíciles años de la postguerra como la que expone la vampirización intelectual de la obra de Werner GOLDSCHMIDT y su inefable sometimiento a *trabajos forzados* científicos en beneficio de otros que, de ideología autoritaria, sin ningún rubor se aprovecharon de la debilidad y angustias de estos ilustres semitas transterrados.

4. Cfr. LOZANO-HIGUERO, «Algunas cuestiones de léxico y garantías en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre (de la estigmatización por el *nomen iuris* a la trivialización por el *titulus attributionis*», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Barcelona, 2016, pp. 96-111.

dores de mesa camilla. Y, desde luego, a mi ver, poniendo el norte en un neogarantismo razonable, sin acudir a mimetismos ingenuos, e intrínsecamente falsarios, de pretensión de homogeneidad con instituciones europeas y perdiendo, por el camino, figuras, en lo operativo de nuestro sistema, genuinamente españolas y que han dado apreciables frutos. Por ejemplo, la acción popular, sobre la que volveremos más adelante; o la injustamente desbelada atemperación al sistema español del modelo napoleónico francés de instrucción judicial.

La Reforma —Novelas— de 2015 (Ley Orgánica 13/2015 y Ley 41/2015) introdujo avances en las medidas penales de investigación tecnológica (*sic*) de los arts. 588 bis a 588 *octies* LECrim y en las limitativas de derechos (arts. 509, 520, 545 y siguientes, y concordantes). Por tanto, debe adecuarse la instrucción, que no investigación, pero no en lo competencial de la atribución de su titularidad, ya que, como se ha anticipado, soy decididamente partidario de la investigación (instrucción) judicial, que presenta ventajas de carácter axiológico, práctico y político, respecto a la investigación a cargo del Ministerio Fiscal, de una u otra manera, sujeto a la dependencia administrativa, y aun política, frente a la independencia judicial. No ha de serlo, en sentido estricto, profundizar en las normas orgánicas que tratan y establecen la dependencia y estructura jerárquica del Ministerio Fiscal, siendo siempre deseable la mayor autonomía funcional del Ministerio Público. Pero sí conviene resaltar la contradictoria sorpresa de que, mientras en el art. 117.1 CE, que hay que relacionar con el art. 24 CE, no se dice de la garantía de imparcialidad de los jueces, aunque implícitamente se debe entender comprendida en la independencia, esto es independencia *ad extra* de cualquier otro poder o autoridad, y *ad intra*, respecto de las partes: imparcialidad en sentido estricto o técnico. En el art. 124.2 CE se dice «el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad». Lo cual no solo es una contradicción *in adjecto*, un oxímoron y un imposible lógico-jurídico, pues, como recordara el propio GOLDSCHMIDT esa exigencia de imparcialidad, dirigida a una parte acusadora, cae en el mismo error psicológico que ha desacreditado el proceso inquisitivo[5], añadiendo el genial jurista berlinés que «el pueblo nunca se ha tragado el falso cuento de que el acusador público, a pesar de todos los sinceros esfuerzos, sea imparcial, pero, probablemente, tampoco se lo ha creído el tribunal»[6]. La impropia, técnica y léxicamente, expresión del texto constitucional no es, a mi ver, sino manifestación de un acto fallido o *excusatio*

5. *Vid.* GOLDSCHMIDT, *Principios generales del Proceso* vol. II, EJEA, Buenos Aires, 1961 (1935), p. 51, añadiendo que, «en todo caso, la creación del Ministerio Fiscal no ha tenido otro fin sino dispensar al juez de la iniciativa de la persecución».

6. Así lo señaló en 1919, en su trabajo «Sobre la reforma del proceso penal», en *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, vol. I, ob. cit., p. 694.

non petita. Predica, constitucionalmente y de modo enfático, la imparcialidad del Ministerio Fiscal, cuando el legislador constituyente sabe o, más grave aún, debería saberlo, que ni puede ni debe ser imparcial. Sujeción al principio de legalidad sí, y al de objetividad también, pero al de imparcialidad, por la propia naturaleza de las cosas, no cabe. Frente al derecho al juez predeterminado por la ley, que instruyendo puede preconstituir prueba, no cabe, en la investigación del Ministerio Fiscal, tal preconstitución por el mismo, ni, por supuesto, decir de un derecho constitucional a un fiscal investigador/instructor predeterminado por la ley. La diferencia, por tanto, axiológico-garantística a favor de la instrucción judicial es aplastante. Ciertamente, en nuestra doctrina, la voz técnicamente más autorizada ha sostenido[7], que existe una contradicción entre las normas de la Ley de Enjuiciamiento, que hacen del Ministerio Fiscal una parte, y las del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, EOMF en adelante), que le asignan una función imparcial. Ahí estaría el par dialéctico: imparcialidad de función, en el EOMF y, latamente, en la CE (art. 124.2); posición formal de parte en la LECrim. La contradicción, que pretende salvar GÓMEZ ORBANEJA con su peculiar agudeza, en mi particular y modesta opinión, no es salvable. *Tertium non datur*: o es parte o no puede ser otra cosa. Los argumentos a favor de considerarle *supra parte*, parte imparcial, etc., no convencen, máxime si pretende razonarse, como se hace ajustadamente, que, en la concepción clásica, atribuir la investigación al Ministerio Fiscal profundizaría en la orientación acusatoria del proceso penal. Pero James GOLDSCHMIDT ya nos advertía (*supra*) y a mi entender con razón, de esa contradicción psicológica. En efecto, si se va por la línea acusatoria, el Ministerio Fiscal no puede ser más que una parte, la acusadora, aunque solamente tenga atribuido el derecho meramente formal de acusar. Y quien acusa no puede ser otra cosa que el titular de esa posición, la de parte. Cuestión distinta es que ningún inconveniente hay, a mi parecer, en que el proceso acusatorio se considere desde la perspectiva de que nada empece para ese entendimiento, que la investigación la lleve a cabo un juez independiente y luego la acusación, preparada por ese juez independiente, la ejerza, en los momentos procesales oportunos, el Ministerio Fiscal. En cualquier caso, los arts. 2 y 7 del EOMF, están en abierta contraposición con los 22 a 28 del mismo EOMF, que proclaman la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal. La esquizofrenia normativa y funcional es evidente. Repito, sujeción al principio de legalidad, al de autonomía funcional y al de objetividad y neutralidad, pero al de imparcialidad es un pío deseo y un brindis al sol, además de un oxímoron y un contrasentido lógico y técnico-jurídico.

Por lo demás, como adelantó James GOLDSCHMIDT, la inspección por el Ministerio Fiscal supone un contrapeso a las posibles disfunciones de tipo corporativo

7. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, vol 1., Bosch, Barcelona, 1951, pp. 212-216.

o personalista de la instrucción judicial[8]. Más ventajas, por tanto, en la instrucción judicial que inconvenientes, por mucho que se hable o se ensalce la homogeneización con sistemas extranjeros. En Francia la instrucción judicial aún pervive y, en parte, en Portugal y en Bélgica.

Quizá se debiera flexibilizar la cuestión de los plazos de instrucción que tanto sarpullido ha levantado, pero lo que no parece prudente es que la instrucción no tenga establecido un plazo razonable de duración, sin que pueda perpetuarse *ad aeternum*, ya sea por origen funcionarial o por arterías de los patrocinadores letrados de los sujetos pasivos del proceso penal, cuya amplitud de defensa debe ser lo más amplia posible, siempre razonablemente entendida[9].

Como hemos adelantado, la acción popular, a pesar de los embates internos y externos contra ella (*doctrina Botín,* proyectos de 2011 y 2013, que consagran dicha doctrina y que expulsan a los partidos políticos de la acusación popular, cercenando, y restringiendo subjetivamente así, la legitimación), se ha mostrado en el uso forense y la práctica españolas tremendamente feraz. Es cierto que la multiplicidad, en un solo proceso, de acusaciones, e incluso dentro de la acusación popular, de varias, supone un retardo y un engorro en la tramitación, y ha dado lugar, como adelantaron nuestros clásicos[10], y se producía en la antigua Roma, modernamente, a toda una industria del chantaje (por ejemplo, Ausbanc, Manos limpias). Pero la verdad es la verdad, dígala (hágala o motívela) Agamenón o su porquero. El *caso Noos* ha supuesto un aval a la acción popular, igual que lo ha constituido el del malhadado *procés* secesionista catalán, que no habría tenido respuesta judicial sin la encomiable y valiente iniciativa de la acusación popular por el partido VOX, que significó el abrelatas de este terremoto jurídico-político por medio de su querella ante el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona (y séame permitido aquí un respetuoso recuerdo a la memoria del honorable y valeroso juez Rodríguez Sunyer) y así como al mantenimiento por VOX del tipo penal de la acusación por rebelión ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ante los intentos políticos y externos de aguachinar la acusación —rebajándolas a un sedición *light*— dependiente administrativamente del Ejecutivo (Abogacía del Estado).

La acción popular, como ya se ha dicho, no es solo un lujo del Derecho, sino un valioso instrumento de sanidad jurídico-política en el sistema español de controles y equilibrios (*checks and balances*) en el que definitivamente podría insertarse y encuadrarse jurídico-políticamente esta institución, como factor de

---

8. Cfr. Goldschmidt, J., *Principios*…, II, ob. cit., pp. 97 y 118.

9. *Vid.* Lozano-Higuero, «Algunas cuestiones de léxico y garantías», ob. cit., pp. 119 y 120, n. 55.

10. Así, Gómez Orbaneja, *Comentarios*…, t. II-1, ob. cit., p 211.

contrapeso, depuración, transparencia y saneamiento jurídico-penal[11]. Como muestra, el botón del propio comportamiento, en este sentido loablemente rectificatorio, de algunos de los autores o impulsores del proyecto de LECrim 2013, que, por medio de una asociación denominada *Movimiento 24DOS*, han hecho uso trascendente, en el ámbito judicial y mediático, de la acción popular, precisamente para atacar los efectos colaterales del *procés* (demanda a Llarena en Bélgica, con las chicanas de los abogados en las traducciones, como las del Sr. Boye, bastante, pues, se ha dicho ya).

La acción popular, como ha recordado SETTIS[12] recientemente, en Roma era expresión de la máxima dignidad del ciudadano. En los tiempos actuales de populismo y desvaríos políticos supone, en nuestro país, un exquisito e impagable instrumento de control y participación jurídico-política por la ciudadanía, como he anticipado. Todo ello sin perjuicio de ponderar la conveniencia de, habida cuenta la esencial característica bilateral de la acción procesal, considerar la introducción de la eventualidad de una acción popular, no solo en la acusación, sino también en la defensa[13].

En el mismo sentido, pues, con todas las cautelas y temperamentos que se quieran, deben ampliarse, y no restringirse, las atribuciones del jurado. Deben, por supuesto, potenciarse los mecanismos y fórmulas de oportunidad y consenso, de modo razonable. También, a mi ver, profundizar la vía de la segunda instancia, combinándola, dentro del sistema de adaptación, *mutatis mutandis*, del *double jeopardy*, con la regla de la unilateralidad del recurso, limitándola, con temperamentos y de modo razonable y prudente, solo para el condenado, tal como hace, tímidamente, la Ley 41/2015, con la nueva redacción del art. 790.2.III LECrim. En fin, sin ánimo exhaustivo, con las tormentas y terremotos mediáticos hodiernos, no estaría de más potenciar la tutela de la inocencia, enlazándola con el estándar BARD[14], de tal manera que se conjugue sincrética-

---

11. Tal como, *mutatis mutandis,* pensaban algunos de nuestros clásicos, aunque luego se mostraran contrarios a la institución, cuando decían que cumple un importante fin de educación cívica y social y, en este sentido, podría ser considerada como escuela de ciudadanía. Cfr. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, pp. 610 y ss. Este es un excelente estudio, quizá el más completo y riguroso sobre la materia en nuestro Derecho, aunque no comparto, por las razones de experiencia ya citadas, su opinión contraria a esta institución de nuestro ordenamiento.

12. *Vid.* SETTIS, S., *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Einaudi, Torino, 2012, pp. 23 y ss., 199 y ss.

13. Sobre la bilateralidad de la acción o pertenencia de la acción a ambas partes, cfr. LOZANO-HIGUERO, *Introducción al Derecho Procesal*, ob. cit., pp. 133; BARTOLINI FERRO, A., «Unidad de la acción», *Revista de Derecho Procesal Argentina*, núm. 1, 1943, pp. 334 y ss; ALCALÁ- ZAMORA Y CASTILLO, N. «Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción», *Estudios*…, t. I, ob. cit., pp. 356-357.

14. Sobre el estándar BARD y su contenido, *vid.* LOZANO-HIGUERO, «Algunas cuestiones de léxico y garantías…», ob. cit., pp. 117, 121 y 122. Así, en la legislación comparada, la refroma del art. 533.1 del Código Procesal Penal italiano, que establece, por virtud de esta *Ley Pecorella*, 46/2006, una nueva regla o criterio de condena, siguiendo el estándar *l'oltre oggni ragionevole dubio:* el juez dicta sentencia de condena si el imputado resulta culpable del delito debatido más allá de toda duda razonable.

mente lo mejor del *common law* con lo más valioso del sistema continental y, desde luego, añadiendo y consagrando el principio de interdicción *ad intra*, autoridades y poderes públicos, y, *ad extra*, medios de comunicación, de presentar al sujeto pasivo del proceso penal como culpable[15].

15. Respecto de esta vertiente *ad extra* de la presunción de inocencia, *vid.* PULIDO QUECEDO, M. «La dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia (A propósito del caso Kiruli)»*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 19, 2008, pp. 9-12; y LATORRE LATORRE, V., *Función jurisdiccional y juicios paralelos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 130. Algunas legislaciones ya han recogido la prohibición de presentar al sujeto pasivo del proceso como culpable, como ocurre en el art. 3. II del Código Procesal Penal de la Nación argentino de 2014: «el imputado no debe ser presentado como culpable. Los registros judiciales, legajos y comunicaciones no podrán contener inscripciones estigmatizantes o que desvirtúen el estado jurídico de inocencia»; o el art. 7 del Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut.

15 | La mediación como herramienta para facilitar su participación en la Administración de justica a las víctimas con discapacidad

Tamara Martínez Soto
Profesora Visitante de Derecho Procesal
Universidad de Vigo
tmartinez@uvigo.es

I. Introducción

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad[1], ratifica los Derechos Humanos de este colectivo. El artículo 1 de la Convención señala que el propósito de la Convención es «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Se evidencia la existencia de dificultades para participar en la sociedad en igualdad de condiciones para estas personas, y la posibilidad de minimizar estas dificultades a través de la eliminación o reducción de las barreras que las provocan.

Estas barreras podemos situarlas en prácticamente todos los ámbitos de la vida cotidiana de las personas con discapacidad, en tanto la complicada estructura política que nos rodea favorece la aparición de estas desigualdades producidas por una pérdida de función psicológica o anatómica, impidiéndoles desempe-

1. Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad Nueva York y Ginebra, 2018.

ñar sus roles tanto a nivel familiar como relacional[2]. Existen ámbitos sobre los que ya se trabaja, así el ámbito sanitario, escolar, laboral...pero estas dificultades o barreras podemos situarlas también en la Administración de Justicia. La aparición de corrientes como la Justicia Terapéutica (en adelante TJ) evidencia la necesidad de que el ordenamiento jurídico acerque la justicia a las personas desde un punto de vista más humano, entendiendo que la creación de herramientas que garanticen el acceso a la misma en consonancia con los principios, derechos y garantías procesales que velan por la igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva no sería suficiente para alcanzar este objetivo.

La TJ postula, desde un punto de vista general, que es necesario llevar a cabo una serie de cambios para humanizar la justicia. La TJ trata de crear las herramientas necesarias para «humanizar la ley focalizando en el lado humano, emocional y psicológico de la ley y los procesos legales, para así promover el bienestar de las personas a las que afecta»[3].

Como manifestaciones de la TJ que han empezado a introducirse en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestros procedimientos podemos destacar la mediación y la justicia restaurativa. En este sentido, la introducción de estos mecanismos ha perseguido dos metas principalmente, por un lado dotar de autonomía y protagonismo a las partes en conflicto que carecían de todo ello según el modelo tradicional de proceso adversarial, y crear herramientas de protección de estas víctimas, todo ello como un reflejo de ese objetivo más amplio y propio de la TJ que es el de humanizar la justicia.

La labor que hasta ahora ha desarrollado el legislador se ha centrado en la reparación y protección de las víctimas, la responsabilización de los infractores y en este sentido la introducción de medidas que favorezcan la resocialización en el ámbito penitenciario. Y es que la TJ concibe la ley como «una fuerza social que produce comportamientos y consecuencias, pudiendo ser estas tanto terapéuticas como antiterapéuticas, esto es, beneficiosas o perjudiciales para las personas a las que se aplica»[4].

Esta labor legislativa se encuentra claramente en la línea de actuación que abre la Decisión Marco del Consejo de 2001[5], en tanto la labor del legislador se

---

2. Iglesias Ortuño, E. y Medina Ruiz, E., *Oportunidad de la mediación en la intervención social con personas en situación de discapacidad* en «Revistamediación.com».

3. Pillado González, E., «La justicia terapéutica y sus manifestaciones en el proceso penal español» en *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (ed. Barona Vilar), Ed. Civitas, Valencia, 2016, p. 252.

4. Ídem.

5. Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, art. 8.3: «Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulne-

focaliza en la víctima principalmente, y en este sentido nuestro legislador redacta el estatuto jurídico de la víctima, crea medidas de reparación para víctimas de terrorismo, se incluyen medios para la protección para víctimas de delitos como la violencia de género y abusos sexuales y se comienza a utilizar el concepto de *víctimas vulnerables*, que generalmente se utilizará para referirse a víctimas de delitos sexuales[6].

Podemos colegir por lo tanto que lo que en un principio hace merecedoras a estas víctimas de un trato diferenciado, de una protección o de una restructuración de las normas del proceso (por ejemplo en lo que se refiere a la declaración de la víctima) es esa categoría de víctima que le infiere el delito que ha sufrido, y no una condición que sea externa o anterior al hecho. Sin embargo, si pensamos en los menores, que igualmente podemos incluir en esta categoría de víctimas vulnerables, lo que les da ese carácter es su condición de menor, que es previa a la producción del hecho delictivo. Y esto es lo que ocurre con las víctimas de delitos que además son personas discapacitadas. Incluir a este colectivo dentro de esta categoría de víctimas vulnerables era una necesidad, en tanto el objetivo de humanizar la justicia para éstas no será tanto buscar una reparación o protección, como ya hemos mencionado; sino tener en cuenta las barreras que existen y que las separan de la realidad y que impiden a este colectivo participar efectivamente en los procesos judiciales de los que sean víctimas, sobre todo si nos estamos refiriendo a una discapacidad intelectual.

II. Personas con discapacidad: Víctimas especialmente vulnerables. Objetivo y herramientas

La cuestión es que acercar la justicia a este colectivo va más allá de la creación de herramientas que aseguren el acceso a la justicia, y más allá de conseguir que se produzca una reparación, o la adopción de medidas de protección de la víctima. Significa conseguir que estas personas participen efectivamente y comprendan qué está ocurriendo en cada momento, entendiendo además las consecuencias de iniciar un proceso penal y cuál es el contenido del resultado del mismo, es decir, de la sentencia.

En este sentido el art. 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala que «La comunicación incluirá los lenguajes, la visua-

---

rables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública,
que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho».

6. *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea Nº C-507/10, de 21 de Diciembre de 2011.

lización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso». Se trata de eliminar las barreras en la comunicación.

En 1995 se funda la Asociación Española de Fundaciones Tutelares. Su objetivo es mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, ofreciendo servicios y recursos para ello. Desde esta fundación se refieren a las personas con discapacidad como personas cuya capacidad ha sido modificada o revisada judicialmente[7]. Tanto esta fundación como aquellas que la integran contarán con un objetivo común: colaborar a todos los niveles, también con la administración de justicia, para minimizar esas barreras. La justicia por lo tanto tiene un papel clave en la situación que estas personas protagonizan, en tanto su propia situación es acreditada por un juez, y su revisión, modificación etc.., pasará igualmente por la administración de justicia; pero además, estas personas pueden ser también protagonistas de un proceso, como víctimas. Será crucial por lo tanto que se tenga en cuenta esa discapacidad intelectual en el desarrollo del proceso judicial.

Para llevar a cabo esta tarea los jueces y magistrados cuentan con algunas herramientas a su alcance de entre las que destacan las siguientes[8]:

— Redacción de una sentencia de lectura fácil: Muy en consonancia con el ya mencionado art. 2 de la Convención, se trata de una traducción de la sentencia oficial. Será una sentencia que no incluya tecnicismos jurídicos, redactada con un lenguaje sencillo que pueda ser comprensible para el interesado. No se trata de que esta sentencia sustituya a la sentencia oficial, simplemente se redactará en paralelo esta sentencia de lectura fácil, haciéndole llegar las dos versiones sólo a la persona que así lo requiera por su discapacidad.
— Figura del acompañante o facilitador: Consiste en que una persona acompañe a la persona discapacitada a lo largo de todo el proceso explicándole además qué esta ocurriendo en cada momento, quiénes son las personas que se encuentran en la sala y facilitando de la comunicación entre esa persona discapacitada y los demás que allí se encuentran.

---

7. *Vid.* http://fundacionestutelares.org/

8. *Guía de acceso a la justicia. En lectura fácil*, Comunidad de Madrid.

III. Primera sentencia de lectura fácil en el ámbito penal

El pasado mes de Octubre se dicta por primera vez en el ámbito penal[9] una sentencia de lectura fácil en la Audiencia Provincial de Madrid[10]. Se aplica lo que se denomina programa de lectura fácil, en colaboración con la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual[11].

La decisión es consecuencia de la discapacidad que sufría la víctima del delito. El protagonista de esta historia es un hombre al que se le ha reconocido una discapacidad intelectual de un 42% inteligencia límite y trastorno de personalidad asociado, víctima de un delito de estafa.

En esta tesitura, los magistrados de la sección 16 de la AP de Madrid deciden, por un lado, que un facilitador de acompañe a lo largo de todo el proceso, y por otro lado, redactar una sentencia de lectura fácil, sin utilizar tecnicismos jurídicos.

1. Sentencia de lectura fácil

Señala el ponente de la sentencia: «Lo importante es que el contenido de la sentencia llegue a aquellas personas que más afectada se encuentra por el mismo». Y es por esto que se decide redactar esa sentencia de lectura fácil. Esto en ocasiones es complicado en tanto es necesario buscar el equilibrio entre la precisión de los términos jurídicos y otros más sencillos que se puedan utilizar en su lugar.

Para llevar a cabo esta cuestión, se sirvieron los magistrados de la ayuda de la Fundación A La Par que les auxiliará también en la labor de traducción. Se trata de una fundación con más de 70 años de andadura que entre sus objetivos se menciona el diseño de apoyos en cualquier contexto en el que una persona con discapacidad intelectual se encuentre con una barrera.

El resultado final es, por un lado, la sentencia oficial, y por otro lado, esa otra sentencia de lectura fácil adaptada a las necesidades de esa persona. Anteriormente la dinámica era distinta, una vez que la sentencia se dictaba, miembros

9. Esta técnica se utilizó ya en otros órdenes anteriormente. Cabe destacar la labor del TSJ de Asturias, que fue premiado por la fundación austriaca sobre el mundo de la discapacidad (ESSL), tras ser seleccionado entre más de 370 propuestas de todo el mundo por su labor pionera e innovadora en materia de políticas dirigidas a la discapacidad.

10. SAP 517/2018.

11. Esta unidad nace con el propósito de proteger a las personas con discapacidad intelectual de los diferentes abusos que pueden sufrir derivados de su especial situación, sobre todo en relación a abusos sexuales.

de la fundación se reunían con el afectado para llevar a cabo una «lectura asistida», haciendo esa traducción in situ y sólo de forma verbal. En esta ocasión en lugar de llevar a cabo esta reunión se realizó una traducción escrita, de modo que esa persona puede releer y comprobar el contenido de la misma una vez termina el proceso las veces que lo necesite.

Algunos ejemplos de esta traducción que podemos encontrar en esta sentencia de lectura fácil son los siguientes:

> —«Este documento es una sentencia judicial de un proceso penal».
> —«El juez es quien decide si se pone un castigo o no a la persona que ha hecho daño a alguien
> —«La sentencia judicial tiene que ser obedecida por todos»
> —Se explica qué es una denuncia: «Contarle a la policía o a un juez lo que ha pasado para que puedan ayudarle»
> — Se le señala que en su caso ha sufrido una estafa porque fue engañado por alguien «para obtener su dinero».

Se trata de una sentencia de estructura idéntica a una sentencia oficial, pero sin formulismos.

Las pautas que se siguen para llevar a cabo esta transformación se basan fundamentalmente en el uso de frases cortas, evitar el uso de términos matemáticos, evitar el uso de comparaciones, metáforas, frases negativas, y sí utilizar frases concisas e incluso en ocasiones se podrían utilizar imágenes o pictogramas.

2. Figura del facilitador

El facilitador será una persona que acompañará a la persona discapacitada a lo largo de todo el proceso. Su misión es de acompañamiento, lo que incluirá también que deberá explicarle todo lo que vaya sucediendo en la sala, quiénes son las personas que allí se encuentran y por qué, cual es la función de cada una y además hará de canal de comunicación entre la víctima y el tribunal, y viceversa.

En el caso que nos ocupa el tribunal, consciente de las limitaciones de la víctima, le proporciona un facilitador.

En este caso el facilitador fue nombrado de entre uno de los miembros de la Fundación A La Par[12]. Los magistrados contaron con su colaboración tanto para la figura del facilitador como para la redacción de la sentencia de lectura fácil.

---

12. *Vid.* https://www.alapar.org/

IV. ¿Mediación o facilitación?

De las herramientas ya mencionadas vamos a centrarnos en la figura del facilitador.

Surgen aquí algunas cuestiones:

— Si este proceso de facilitación se puede incluir dentro de lo que conocemos como mediación
— Las consecuencias de entender que esta labora las deben de desarrollar los mediadores

Un proceso de facilitación en sentido estricto se trata de un mecanismo voluntario que trata de facilitar la comunicación entre las partes. En principio sigue las mismas reglas que la mediación, sólo que suele utilizarse con grupos. Si nos centramos en el caso que nos ocupa (víctima discapacitada y su relación con el proceso) diremos que no existen dos grandes grupos confrontados, pero el objetivo sí es el de mejorar la comunicación, muy en consonancia con el ya mencionado art. 2 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad que habla precisamente de la comunicación.

Si pensamos en la mediación, podríamos decir que surge como una herramienta para solucionar conflictos, para algunos aquí surge el primer motivo por el que no podríamos incluir aquí la mediación, en tanto no existe tal conflicto de un modo palpable y concreto como sí puede existir en otras situaciones entre personas con discapacidad y su entorno:

— Conflictos entre una persona con discapacidad y su comunidad de vecinos por falta de acuerdo para acondicionar el edificio eliminando barreras arquitectónicas.
— Conflicto entre una persona con discapacidad en el ámbito laboral por dificultades para desarrollar su trabajo adecuadamente por falta de adaptación del mismo.
— Conflicto con personal sanitario (se trata de personas que requieren en numerosas ocasiones una atención médica constante y continuada, lo que puede generar conflictos).

En estas situaciones sería más que recomendable y posible aplicar la mediación como medio de mejorar la situación y tratar de llegar a una solución para las partes que sea fruto de sus voluntades e intereses.

¿Sin embargo qué ocurre si pensamos en el conflicto que puede surgir del propio proceso de incapacitación? Aquí el conflicto podría venir únicamente de las dificultades de esa personas de entender qué está ocurriendo, quiénes han iniciado el procedimiento, por qué, para qué, y las consecuencias que tendrá para él.

La mediación desde un punto de vista general se configura como una herramienta orientada a mejorar la comunicación, en ningún momento de trata de un mecanismo centrando en la consecución de un acuerdo —ésta cuestión queda en manos de las partes en el caso de que sea un modo de mejorar la situación—, y es que esta imagen de la mediación como método de solución de conflictos tiene su origen en el ámbito jurídico, en el que la mediación surge como un modo de solución de controversias[13]. En el caso que nos ocupa lo que se busca no sería llegar a un acuerdo sobre un asunto concreto, sino mejorar la comunicación.

Si queremos no desviarnos de esta idea de mediación como herramienta que resuelve controversias podríamos igualmente verlo desde otro punto de vista igualmente adecuado, entendiendo como conflictos una controversia o cualquier situación que provoque un daño, como lo provoca la situación de «desinformación» y confusión que sufre un discapacitado al enfrentarse a un proceso judicial.

La mediación[14] es una herramienta que se caracteriza por su flexibilidad, y el proceso de mediación usa herramientas como el empoderamiento y el enfoque en el futuro, que junto con la idea general dela concepción positiva del conflicto y la búsqueda como objetivo final y general de la paz social la configuran como un mecanismo excepcional en tanto promueve los principios que subyacen del Convenio Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Como punto delicado o a tener en cuenta deberíamos de hablar de la voluntariedad, se trata de uno de los pilares sobre los que se construye un proceso de mediación, ¿qué ocurre con este principio cuando hablamos de una discapacitado intelectual? ¿Debería de llamarse a la mediación a su tutor?

---

13. Iglesias Ortuño, E. y Medina Ruiz, E., *Oportunidad de…* ob. cit.

14. Soleto Muñoz, H., «El proceso de mediación» en Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pp. 225 y ss.

V. Conclusiones

En el artículo 17.3 CE se hace referencia a que «Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar», se hace mención expresa a que debe de realizarse «de modo comprensible y de lo contrario se estarán vulnerando sus derechos fundamentales.

Tradicionalmente se ha venido protegiendo la figura del imputado en tanto carecía de la seguridad de un proceso con todas las garantías. Desde hace unas décadas la balanza se ha decantado por trabajar en la figura de la víctima, para alcanzar ese mismo estatus a través de la TJ en varias de sus manifestaciones. Y es que debe igualmente ser un derecho fundamental para las víctimas la comprensión del proceso, no sólo del detenido.

En concreto si hablamos de las personas discapacitadas como víctimas en un proceso penal y a la luz de lo expuesto cabría destacar dos aspectos.

Por un lado, las necesidades de estas víctimas vienen determinadas por un hecho ajeno y anterior a la producción del hecho delictivo, en tanto es su condición de discapacitado lo que le hará ser víctima vulnerable. Es necesario igualmente asumir que las barreras que impiden su desarrollo en sociedad existen a todos los niveles.

En lo que se refiere en concreto a la Administración de Justicia, para estas víctimas en vital el poder entender el proceso y la sentencia que se dicte.

En este sentido, en relación a las herramientas que hemos mencionado es necesario todavía diseñar de un modo más pormenorizado y formal medidas y herramientas que estén a disposición de las víctimas y de los operadores jurídicos. Incluso regular qué personas estarían capacitadas para llevar a cabo esas funciones de auxilio, y de qué manera integrarlas en el proceso.

Por otro lado, y para terminar, en concreto si nos referimos a la figura del facilitador, del acompañante, cabría mencionar si para esta labor deberíamos de acudir a la figura de la mediación. La mediación por definición no busca que las personas lleguen a un acuerdo, sino que busca el entendimiento, el acompañamiento y la facilitación de la comunicación. A pesar de que nace como método para resolución de conflictos cuenta con un gran componente favorecedor de la comunicación, de la búsqueda de intereses, el diálogo y en última instancia, la paz social. Es por esto que apostar por las bondades de la mediación en este punto podría ser interesante en el futuro, teniendo siempre en cuenta que la mediación se construye sobre tres pilares y que uno de ellos es la

voluntariedad, y por lo tanto sería menester determinar de qué manera este aspecto, si hablamos de un discapacitado intelectual, quedaría vulnerado o no, y por lo tanto cómo se podría adaptar esta institución a las necesidades concretas del caso.

Para terminar, será necesario oficializar esta institución del facilitador/mediador determinando qué formación o requisitos debe reunir esa persona, cuál será el proceso para nombrarlo, qué ocurre con el tutor de esa persona en cuanto a si tendría o no algún papel en el proceso, y cómo controlar las suspicacias de la parte contraria que pudiesen surgir en relación a esa comunicación privada entre facilitador/mediador y la persona con discapacidad.

VI. Bibliografía

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad Nueva York y Ginebra, 2018.

Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal

Guía de acceso a la justicia. En lectura fácil, Comunidad de Madrid.

Iglesias Ortuño, E. y Medina Ruiz, E., Oportunidad de la mediación en la intervención social con personas en situación de discapacidad en «Revistamediación.com».

Pillado González, E., «La justicia terapéutica y sus manifestaciones en el proceso penal español» en Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia (ed. Barona Vilar), Ed. Civitas, Valencia, 2016, p. 252.

Soleto Muñoz, H., «El proceso de mediación» en Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

Recursos electrónicos:

http://fundacionestutelares.org/

https://www.alapar.org/

Jurisprudencia consultada:

Tribunal de Justicia de la Unión Europea Nº C-507/10, de 21 de Diciembre de 2011.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 517/2018 de octubre de 2018.

16 | Acciones colectivas y propuestas de reforma

Francisco Ortego Pérez
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

1. Las acciones colectivas y la superación del marco normativo de la LEC 1/2000

Uno de los asuntos que más ocupa y preocupa a los procesalistas en la actualidad es el de las acciones colectivas, y consiguientemente el de los procesos colectivos. En su estudio «*El acceso a la Justicia*», CAPPELLETTI y GARTH comienzan afirmando que ningún aspecto de nuestros sistemas jurídicos modernos es inmune a la crítica, para manifestar después que en muchos países el surgimiento de un nuevo enfoque de acceso a la jurisdicción propició un cierto optimismo sobre la capacidad de los sistemas jurídicos modernos para satisfacer las necesidades de quienes durante mucho tiempo se vieron privados de la posibilidad de hacer valer sus derechos en juicio[1]. De ahí que la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales haya constituido un reto para el Derecho moderno y una importante renovación del Derecho procesal clásico por su incidencia en instituciones como la legitimación o la cosa juzgada[2]. Algunas de las categorías de su denominado trípode científico han tenido que ser reinterpretadas para ofrecer respuesta a las necesidades de acceso a la Justicia de los intereses colectivos y difusos.

Las acciones colectivas constituyen el instrumento con el que responder a los desafíos de la economía de masas desde las posiciones más débiles de las relaciones contractuales, posibilitando la litigación conjunta de los individuos afec-

1. CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, «El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos», Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 9 y 97.

2. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «El proceso de acciones colectivas (necesidad de su implantación en España)», *Actualidad Civil*, núm. 16/2011 (2ª quincena septiembre), p. 2 (edición *on line*).

tados[3]. La importante renovación procesal que han supuesto muestra como junto al ejercicio de la acción individual como derecho se ha pasado a las acciones colectivas para la defensa de una multitud de afectados con un interés homogéneo[4]. La clave para comprender la *ratio* de este tipo de acciones se encuentra en el riesgo de lesión de derechos susceptibles de afectar a una multiplicidad de personas o a categorías de intereses que presentan un nexo de homogeneidad. De ahí que la aparición de las acciones colectivas planteara problemas ignorados hasta entonces en los litigios individuales, lo que obliga a disponer de los instrumentos jurídicos adecuados para la resolución de estos conflictos dada la frecuencia con la que se producen daños que afectan a una pluralidad de personas (accidentes, intoxicaciones alimentarias, cláusulas contractuales abusivas, etc.)[5].

Las primeras aportaciones doctrinales en España ya señalaban que el incipiente concepto de intereses colectivos y difusos invocaba una idea renovadora de la clásica y por entonces insuficiente tutela procesal, pues la justicialidad de dichos intereses se encuentra en función de las características de cada ordenamiento jurídico y de su grado de desarrollo[6]. Una certera afirmación que vemos cómo algunas décadas después de que comenzara a sentirse esta preocupación merece una reflexión crítica a la vista de la vigente regulación de las acciones colectivas.

Como es sabido, con la salvedad del escueto y genérico reconocimiento del art. 7. 3 de la LOPJ de 1985 respecto a la protección de los derechos e intereses «*tanto individuales como colectivos*», no fue hasta la promulgación de la LEC 1/2000 cuando se abordó legislativamente esta nueva forma de tutela jurisdiccional. Algo impensable para el legislador decimonónico, pero que no justifica que hasta el inicio del siglo XXI no se produjera ningún intento de acometer su tratamiento normativo más allá de las normas sectoriales para la protección a los consumidores, máxime con una sociedad y un tráfico jurídico en constante y vertiginosa evolución.

La E. de M. de la LEC 1/2000 reconoce que «*las transformaciones sociales postulan y permiten una completa renovación procesal*». Por ello el legislador trató de dar respuesta al creciente fenómeno de las acciones colectivas, ya que en

---

3. Armenta Deu, T., «Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución», Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 9 - 10.

4. Ovalle Favela, J., «Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVI, núm. 107, 2003, p. 606.

5. Bujosa Vadell, L. M., «La protección jurisdiccional de los intereses de grupo», Barcelona, Ed. Bosch, 1995, p. 108; Gutiérrez de Cabiedes e hidalgo de Caviedes, P., «La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales colectivos y difusos», Ed. Aranzadi, Elcano, 1999, p. 67; Vázquez Sotelo, J.L., «El proceso de acciones colectivas (necesidad de su implantación en España)», ob. cit., 7 a 10.

6. Almagro Nosete, J., «La protección procesal de los intereses difusos en España», *Justicia*, 1983, núm. I, pp. 69 - 72.

el modelo del Estado social la promoción del acceso a la Justicia a los titulares de intereses colectivos es una exigencia de igualdad real ante la jurisdicción[7] y un medio de obtener la efectividad de la tutela[8].

Las acciones colectivas responden a las exigencias de la sociedad de nuestro tiempo, lo que explica la necesidad de adaptación del proceso civil a la nueva realidad.

Un ilustrativo ejemplo de esa adaptación lo constituye la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de junio de 2013[9] para que los Estados miembros introdujeran en sus ordenamientos procesales internos los mecanismos adecuados para la tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Al respecto, se ha dicho que la citada Recomendación no exigía a España un esfuerzo normativo, ya que la regulación en materia de acciones colectivas era más amplia que los objetivos marcados por la propia Recomendación de 2013, de forma que los deberes se entendían realizados con la promulgación de la LEC[10]. De hecho, al poco de cumplirse un año de su entrada en vigor se apuntó que la inclusión de las llamadas acciones de clase era una de las «*cuestiones estrella*» del nuevo texto legal, si bien se reputaba necesario completar lo que no eran más que retazos en torno a las mismas[11].

Pero a día de hoy, en la época que se ha dado en denominar el «*new deal for consumers*», los buenos propósitos del legislador se han demostrado insuficientes, pues la regulación de las acciones colectivas en la LEC se ha visto claramente desbordada por la praxis.

2. La regulación de las acciones colectivas en la LEC 1/2000

En materia de tutela colectiva es común mirar hacia el modelo norteamericano de las *class actions* como principal referente, aunque no por ello deban ser vistas necesariamente como la única fuente de inspiración para una hipotética

---

7. BERIZONCE, Roberto O., «Algunos obstáculos al acceso a la justicia», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 12, núm. 12 - 13, 1992, p. 12.

8. En parecidos términos *vid.* PLANCHADELL GARGALLO, A., «La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4/2015, pp. 8 - 9.

9. Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, [2013/396/UE], sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos del recurso colectivo de cesación o de indemnización de los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (Diario Oficial de la Unión Europea de 26/07/2013, L 201/60).

10. FERRERES COMELLA, A., «Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 45 - 2017, p. 23.

11. FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. Mª, *Las acciones de responsabilidad civil en el nuevo proceso civil*, en «La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», (dir. J. Picó Junoy), J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, p. 109.

reforma[12]. Pero lo cierto es que las *class actions*, fruto de la *equity* de los jueces norteamericanos y manifestación de sus amplísimos poderes, constituyen un sistema integral bien estructurado, como también lo son la regulación del Código para la Defensa de los Consumidores de Brasil (ley nº 8078 de 11 de septiembre de 1990) y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en Caracas en 2004.

En cambio, los ordenamientos procesales europeos de raíz *ius civilista* han debido adaptarse a esta modalidad de acceso a la justicia, siguiendo principalmente las recomendaciones del derecho de la Unión Europea. Como ejemplo pueden traerse a colación aquellos que nos resultan más próximos: en Portugal el derecho de acción se reconoce a todos los ciudadanos colectivamente como un supuesto de acción popular (art. 52. 3 Constitución de la República); en Francia las acciones de clase se introducen por la *loi Hamon* núm. 2014 - 344 de 17 de marzo, pues hasta entonces la vigencia del principio «*nul ne plaid par procureur*» convertía en meramente excepcional la defensa en juicio de intereses y derechos colectivos[13]. Y el ordenamiento italiano, preocupado como en España por la defensa del consumidor, introdujo en 2007 una acción colectiva resarcitoria, denominada ahora «*azione di classe*», que se regula en el art. 140 bis del *Codice del Consumo* tras la modificación de la Ley núm. 99/2009, de 23 de julio y su entrada en vigor el 1 de enero de 2010.

España tampoco dispone de un sistema jurídico unitario y bien articulado como el de las *class actions*, sino que la regulación legal de las acciones colectivas se caracteriza por su asistematicidad o por la ausencia de un modelo estructurado. Mal puede considerarse un sistema lo que no es más que la interconexión de unos cuantos preceptos aislados.

Pese la receptividad mostrada hacia la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos y difusos, la E. de M. de la LEC explica que el legislador no considero necesario establecer un procedimiento especial para dicha tutela, «*y sí, en cambio, una serie de normas especiales en los lugares oportunos*», lo que a la larga se ha revelado erróneo, pues la LEC pasó de puntillas por un aspecto de tanta trascendencia práctica, social y económica como el de las acciones colectivas.

Claramente alejada de sistemas jurídicos bien construidos como el de las *class actions* o el del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, la

---

12. López Sánchez, J., «El sistema de las *class actions* en los Estados Unidos de América», Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 3 - 4.

13. *Vid.* Armenta Deu, T., «Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución», ob. cit., p. 18. Planchadell Gargallo, A., ob. cit., p. 345.

LEC únicamente muestra en esta materia el esqueleto de un cuerpo jurídico inacabado. Es un marco normativo incompleto, por lo que deviene necesario acometer su reforma en pos de una normativa integral que favorezca la seguridad jurídica. Además, su asistematicidad viene propiciando que su interpretación por los tribunales no resulte uniforme.

Su insuficiencia para responder a los retos de las acciones y procesos colectivos se evidencia desde un primer momento comprobando las escasas disposiciones que le dedica:

— el art. 6. 1. 7º reconoce capacidad para ser parte a los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables, siendo necesario para accionar que el grupo se constituya *con la mayoría de los afectados*. A su vez, el 6. 1. 8º también reconoce capacidad para ser parte a las entidades habilitadas conforme a la normativa europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

— El art. 7, que atribuye capacidad procesal al representante legal de la entidad (art. 7. 4), así como a las personas que actúen en su nombre frente a terceros (art. 7. 7).

— El art. 11, que no solo distingue entre la acción individual («*Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados...*») y la acción colectiva, sino que legitima para accionar en juicio trazando la distinción legal entre intereses colectivos y difusos según el grado de determinación de los sujetos afectados. En el primer caso están legitimadas las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de dichos intereses y los propios grupos de afectados. En el segundo caso, las únicas legitimadas serán las asociaciones de consumidores y usuarios que conforme a la ley sean representativas, sin que se establezca criterio justificativo alguno de dicha representatividad. A su vez, el precepto legitima al Ministerio Fiscal y a las entidades habilitadas conforme a la normativa europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

— El art. 13.1 regula la intervención como terceros interesados de cualquier consumidor o usuario en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos.

— El art. 15 regula la publicidad específica que se ha de dar a las acciones colectivas interpuestas por las asociaciones en defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios publicando la admisión de la demanda en los medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en que se haya manifestado la lesión de aquéllos derechos o intereses. Además, cuando se trate de intereses colectivos, la determinación de los perjudicados o la facilidad de la misma exige que el demandante o demandantes comuniquen previamente a todos los interesados su propósito de interponer la demanda[14].

— El art. 76, relativo a la acumulación de procesos incoados para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos relativos a consumidores y usuarios, que será acordada de oficio para evitar la contradicción de sentencias. Además, el art. 78. 4 que establece para estos casos una excepción a los supuestos de no acumulación.

— El art. 221 aborda uno de los aspectos cruciales en materia de acciones colectivas como son los efectos de la sentencia, por lo que debe ponerse en conexión con el art. 222. 3, que establece el alcance subjetivo de la cosa juzgada material vinculando en estos procesos «*a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo dispuesto en el art. 11*». Sin duda son los preceptos más controvertidos de los pocos que dedica la LEC a esta materia ya que el alcance de la cosa juzgada constituye una de las claves de bóveda sobre el que se asienta cualquier sistema de acciones colectivas[15].
El art. 221 sólo contempla el supuesto de sentencias estimatorias. Nada dice de los efectos que tendrá la sentencia cuando sea desestimatoria de la demanda. Ni tampoco de la interferencia entre la sentencia que resuelva la acción colectiva y la que se pronuncie sobre la acción individual cuando no se hayan podido acumular, en un patente contraste con lo previsto en el art. 103 del Código de los Consumidores de Brasil. Al respecto cabe recordar cómo la STJUE de 14 de abril de 2016 (*Caso Sales Sinués c. Caixabank*), estableció que la suspensión del proceso por prejudicialidad al amparo del art. 43 LEC era contraria al art. 7 de la Directiva 93/13/CEE[16].

---

14. *Vid.* el AAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 160/2008 de 28 de mayo, [JUR 2008/212676], que acuerda la inadmisión de una demanda en defensa de intereses colectivos presentada por AUSBANC contra RENFE por no acreditar la representación previa exigida en el art. 15.2 de la LEC, pretendiendo sustituirla por un anuncio en los medios de comunicación al estilo de la publicidad que establece el núm.1 del mismo precepto.

15. ARMENTA DEU, T., «Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución», ob. cit., p. 65.

16. Según dicha STJUE de 14 de abril de 2016, [TJCE 2016/138], la normativa nacional obliga al juez que conoce de la acción individual ejercida por un consumidor, y dirigida a declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual, a suspender la tramitación de dicha acción individual hasta que exista sentencia firme en el proceso instado por la acción colectiva ejercida por una asociación de consumidores para obtener el cese del uso de una cláusula análoga (44).

Por su parte el art. 222. 3 consagra el efecto de cosa juzgada *ultra partes,* ya que la sentencia vincula a los consumidores o usuarios ausentes pero cotitulares de los derechos que fundamentan la legitimación del demandante o demandantes. Y dicha vinculación *ultra partes* se produce con independencia del tenor del fallo, tanto si es estimatorio como si es desestimatorio (art. 222, 1), por lo que en la regulación de la LEC no existe reconocimiento de la denominada cosa juzgada *secundum eventum litis*.

— El art. 256. 6º LEC prevé que como diligencia preliminar pueda solicitarse por quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios que se practiquen las medidas oportunas para concretar a los integrantes del grupo de afectados, cuando no estando determinados sean fácilmente determinables.

— El art. 519 relativo a la creación de los títulos ejecutivos individuales para instar la ejecución de la sentencia de condena cuando no hayan determinado los consumidores o usuarios individuales que puedan beneficiarse por la misma.

3. Conclusiones y propuestas de «*lege ferenda*»

La modalidad de litigación que representan las acciones colectivas ha desbordado el marco normativo de la LEC. En algunos de los debates y foros celebrados antes y después de su promulgación ya se propuso una regulación específica de la materia como proceso especial en el ámbito de la propia LEC. Parece haber llegado el momento de retomar esa idea para superar su parquedad normativa y la asistematicidad de sus disposiciones, o en último caso, de incorporar preceptos con los que integrar lagunas hasta ahora incomprensibles.

La acción colectiva se define como «*la acción promovida por un representante, para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas, y cuya sentencia obligará al grupo como un todo*», por lo que sus elementos esenciales vienen constituidos por la existencia del representante, la protección finalista de un derecho del grupo o de la clase y el efecto de la cosa juzgada de la sentencia que se dicte en el proceso colectivo[17].

En cambio, de la regulación de la LEC se afirma que sus piezas maestras se articulan mediante el reconocimiento de la legitimación colectiva (art. 11), el al-

17. GIDI, Antonio, «Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil», U.N.A.M., México, 2004, p.31.

cance de la cosa juzgada (arts. 221 - 222. 3) y la creación del título ejecutivo que permita reconocer como beneficiarios de la sentencia colectiva a los ausentes (art. 519)[18]. Sin embargo, hace falta mucho más.

Tanto el Derecho comparado como la experiencia práctica permiten aportar propuestas con las que acometer una reforma legal que mejore nuestro sistema de acciones colectivas. De ahí que concluida la insuficiencia del actual marco normativo lo procedente sea ofrecer directrices o propuestas que de *lege ferenda* coadyuven a la pretendida mejora del instrumento legal, teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

1º) Los poderes del Juez y el control de los presupuestos para ejercer la acción.— No puede construirse un sistema óptimo de acciones colectivas sin conferir mayores facultades legales al Juez, exigencia no obstante difícil de armonizar en un proceso civil regido por el principio dispositivo. En primer término el Juez debería realizar el control preliminar acerca de la concurrencia de los presupuestos para ejercer una acción colectiva y que obviamente deberían regularse de modo expreso (principalmente la impracticabilidad del litisconsorcio, de la adecuada representatividad, y la homogeneidad de intereses comunes, que la LEC únicamente funda en el perjuicio por «*un hecho dañoso*»). Además, debería facultarse al Juez para fiscalizar los actos dispositivos que el representante pudiera manifestar sobre el objeto del proceso (renuncia, transacción...), de forma que pudiera rechazar cualquier decisión que entendiera lesiva e injustificada para los intereses de los representados[19].

2º) Regular los requisitos acreditativos de la «representatividad». Para que la acción colectiva pueda prosperar es necesario que en el control liminar el Juez verifique que la asociación sea suficientemente representativa, circunstancia que actualmente se asocia a su pertenencia al Consejo de Consumidores y Usuarios. Como ya advirtió la SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 22 de enero de 2004 (*Caso Opening*), ante la falta de cualquier mención expresa de la LEC acerca del concepto de representatividad, «*parece lógico que tal noción vaya unida al número de asociados que se tiene dentro del ámbito en el cual se pretende ejercer la acción, de modo que el mismo pueda considerarse como suficientemente significativo o relevante*». Así, junto al cumplimiento específico de los fines de la asociación, el número de asociados y su grado de operatividad en el ámbito territorial en el que

18. Planchadell Gargallo, A., ob. cit., p. 223.

19. *Vid.* en el mismo sentido Ferreres Comella, A., «Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 45 - 2017, p. 34.

se manifieste la lesión por el hecho dañoso, habría que añadir la declaración sobre su financiación y los fondos que vaya a utilizar para respaldar la acción[20] como criterios con los que acreditar la «suficiencia» de la representatividad.

3º) Los poderes dispositivos del representante. No debería bastar con la aplicación de los preceptos generales de la LEC en materia del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso. Al ser las acciones colectivas acciones representativas ejercidas en nombre e interés de cada uno de los legitimados individuales, habrían de contemplarse expresamente las facultades del representante para realizar cualquier acto dispositivo, y someterse al control judicial para evitar que pudieran realizarse en perjuicio de los intereses de los representados.

4º) Regular la facultad de autoexclusión de los miembros del grupo. Esta es una de las carencias más acuciadas. Si las acciones colectivas implican la tramitación de un proceso con una pluralidad de afectados, es preciso reconocer legalmente a todos ellos tanto la facultad procesal de intervenir como la de poder excluirse del proceso pendiente (*self exclusión*). La LEC garantiza el *opt in* mediante la posibilidad de intervención del art. 13 y la forma de publicidad específica de la admisión de la demanda relativa a la acción colectiva, lo que se refuerza con la comunicación previa a «todos los interesados» cuando los perjudicados estén determinados o puedan determinarse fácilmente. Sin embargo, guarda el más absoluto silencio respecto al denominado *opt out*, con el que salvaguardar su derecho al ejercicio individual de su acción para evitar la extensión de la cosa juzgada de la sentencia obtenida en el proceso colectivo[21].

5º) Optar por la eficacia de cosa juzgada «secundum eventum litis». Que considero la opción más acorde a la previsión legal de un sistema de autoexclusión de los miembros de la clase o grupo a pesar de las opiniones que la conciben como perjudicial para la seguridad jurídica[22]. La sentencia desestimatoria no debe perjudicar el derecho individual de aquellos titulares que no se hubieran incorporado al proceso colectivo ni tampoco a los interesados que optaron por excluirse. La STS núm. 367/2017 de 8 de junio, [R. J. 2017/2509] reconoce abiertamente la problemática que plantea la eficacia

---

20. Al estilo del art. 7 de 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 de 11 de abril de 2018.

21. En idéntico sentido FERRERES COMELLA, A., «Las acciones de clase («*class actions*») en la Ley de Enjuiciamiento Civil», ob. cit., p. 42. «Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas», ob. cit., p. 33.

22. DE LA OLIVA SANTOS, A. y PEITEADO MARISCAL, P., *Cosa juzgada «secundum eventum litis»*, en «Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas», (coordinador F. Jiménez Conde), Ed. Sepín, Madrid, 2002, p. 165.

ultra partes de las sentencias dictadas en los procesos en los que se ejercitan acciones colectivas, pues «*el ejercicio de estas acciones no puede suponer una restricción a la protección de los derechos de los consumidores*».

6º) *Regular de forma expresa la coordinación entre el ejercicio de la acción colectiva y las acciones individuales.* Necesidad que se desprende de los distintos criterios jurisprudenciales, aunque a pesar de lo resuelto por la STJUE de 14 de abril de 2016 (*Caso Sales Sinué)* considero que la opción preferible es la suspensión por prejudicialidad *ex* art. 43 LEC al estilo de lo previsto en el §148 de la ZPO alemana[23].

23. En parecidos términos *vid.* GARNICA MARTÍN, J.F., «Acciones colectivas y su trascendencia respecto a las individuales. A propósito de la nulidad de la cláusula suelo», *Món Jurídic*, núm. 292, nov., 2014, p. 13. VENDRELL CERVANTES, C., «Los efectos de la sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas respecto de las acciones individuales posteriores: jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 47 - 2017, p. 72.

17 | La ilicitud de la prueba obtenida en el proceso penal vulnerando el derecho fundamental a la protección de los datos personales[1]

Miren Josune Pérez Estrada
Profesora adjunta (acred. agregada) de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco. UPV/EHU
mirenjosune.perez@ehu.eus

RESUMEN: La prueba de cargo incriminatoria para desvirtuar la presunción de inocencia que se obtiene vulnerando el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal del investigado o encausado supone su ilicitud. Es necesario que en el proceso penal se realice una regulación más precisa, que conceda mayores garantías procesales a la utilización de los datos personales del investigado obtenidos con motivo de la aportación de la prueba al proceso.

PALABRAS CLAVE: Prueba ilícita, protección de datos de carácter personal, entorno virtual, garantías procesales.

SUMARIO: I. Nota introductoria. II. La limitación del derecho fundamental a la protección de los datos personales en el proceso penal. III. La protección de los datos personales frente a los nuevos métodos de investigación tecnológica en el proceso penal. 1. Regulación de las medidas de investigación tecnológica. 2. Los dispositivos de almacenamiento masivo de información. 3. Ilicitud de la prueba tecnológica obtenida vulnerando el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal. IV. Conclusiones.

I. Nota introductoria

La comisión de un delito justifica el acceso a los datos personales del investigado. Esta intromisión en los datos personales que, en principio, aparece justifi-

1. Este trabajo se ha realizado en el contexto de las actividades que realiza el Grupo de investigación consolidado «Derechos Fundamentales y Unión Europea» (GIC IT-673-13, 2013-2018).

cada en la comisión del delito precisa de matizaciones. Estas matizaciones deben provenir de la gravedad del delito cometido y de la gravedad de la injerencia, a través de sus datos personales, en la vida privada del individuo investigado. A través de esta comunicación se cuestiona el valor que se debe dar a la prueba que se ha obtenido vulnerando el derecho fundamental a la protección de los datos y cuáles son las consecuencias de esa valoración en el proceso penal. También se reclama una regulación procesal específica que otorgue mayores garantías al tratamiento de los datos personales del investigado en el proceso con el fin de evitar la vulneración de este derecho.

II. La limitación del derecho fundamental a la protección de los datos personales en el proceso penal

El derecho fundamental a la protección de los datos que se contiene en el art. 18.4 CE[2]no es absoluto. La limitación de su ejercicio viene dada de forma genérica por la propia Constitución, en el art. 10.1, cuando se residencia en el orden público y la paz social[3] y por el TC cuando limita el derecho fundamental a la protección de los datos personales por, entre otros, la averiguación, persecución y castigo del delito[4]. Además, el resto de derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos constitucionalmente actúan también como límite al ejercicio del derecho fundamental a la protección de los datos personales, en atención a la necesidad, proporcionalidad y a que el fin legítimo que se persigue sea «respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido»[5].

---

2. La protección de los datos personales no se recoge expresamente en el art. 18.4 CE pero sí se contiene en él como protección contra las amenazas a la dignidad, identidad, libertad e intimidad de las personas. Estamos ante un derecho que pone de manifiesto la necesaria protección de los datos personales frente al tratamiento automatizado de los mismos que afecta al control de «nuestras vidas y personalidad».

3. Art. 10.1 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.»

4. Lo recuerda la STC 292/2000, en su FJ 9: «En cuanto a los límites de este derecho fundamental no estará de más recordar que la Constitución menciona en el art. 105 b) que la ley regulará el acceso a los archivos y registros administrativos «salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas» (en relación con el art. 8.1 y 18.1 y 4 CE), y en numerosas ocasiones este Tribunal ha dicho que la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana. Bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE (por citar las más recientes, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.a; ATC 155/1999, de 14 de junio)».

5. De esta manera lo recoge el FJ 11 de la STC 292/2000: «…este Tribunal ha declarado que el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; y respecto del art. 18, la STC 110/1984, FJ 5). (…) Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario

Además del límite anterior que podríamos englobarlo en una categoría general existe uno específico, propio del desarrollo del proceso penal. Así, el derecho a la protección de los datos personales encontrará límites específicos entre los derechos que protege el art. 24 CE[6] y que afecta al tratamiento de los datos personales del investigado en el proceso. Se trata de la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso con todas las garantías, derecho de defensa y el derecho a la prueba. Por lo tanto, debemos entender que el derecho a la protección de los datos personales del investigado o encausado, ie., el poder de control, de disposición de sus datos personales que se traduce en la imposición a terceros de determinados deberes de hacer: «el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos» cede o «presenta ciertas limitaciones» en el transcurso del proceso penal con el fin de conseguir llevar a buen término la investigación penal[7].

El asunto radica en la normativa que se debe aplicar en el caso de colisión de estos derechos del art. 24 CE con el de la protección de datos personales. Es decir, si para solucionarlo se aplica la regulación general sobre protección de datos o si, por el contrario, habrá de estarse a la norma procesal. El legislador parece dudar: el art. 236 bis LOPJ establece que el tratamiento de los datos personales que se realice por los tribunales se debe someter a la normativa sustantiva común de protección de datos personales pero el siguiente artículo, 236 quáter LOPJ exime a los tribunales de que el interesado preste su consentimiento para el tratamiento de los datos personales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y dispone que será necesario someterse a las normas procesales sobre la validez de la prueba. El tratamiento de los datos de carácter

---

para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2).»

6. Art. 24 CE: 1. 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.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

7. STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7. De esta manera el autor Marcos Ayjón, Miguel, «Las múltiples implicaciones de la protección de datos en la justicia penal», Los avances del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE en 2017*: II Anuario ReDPE*, AAVV (coord. Gutiérrez Zarza, María Ángeles), 2018, p. 15, considera una posible colisión de derechos procesales constitucionalizados: derecho a la tutela judicial efectiva y ejercicio de defensa (art. 24 CE), libertad de información (art. 20 CE) y publicidad de las actuaciones (art. 120.1 CE). «Estos tres derechos son difíciles de conciliar con el derecho a la protección de datos, puesto que, a más información y acceso, menor protección de los datos personales contenidos en el mismo. La frecuente colisión entre ellos deberá resolverse de acuerdo con lo dispuesto en las normas procesales aplicables al efecto y siempre bajo los criterios de proporcionalidad. Ahora bien, eso no impide establecer como principio general que, en el supuesto de colisionar la tutela judicial y el derecho de defensa con la protección de los datos personales, prevalece el derecho fundamental de defensa, sin perjuicio de que deba intentarse la cohabitación entre ambos.»

personal que se lleva a cabo en el ámbito jurisdiccional debería regularse por normativa procesal cediendo, en este caso, la general de protección de datos personales. En un futuro la norma procesal deberá desarrollarse con mayor amplitud para dar mayor y mejor cobertura legal a la protección de los datos personales del investigado o encausado en el proceso penal.

III. La protección de los datos personales frente a los nuevos métodos de investigación tecnológica en el proceso penal

1. Regulación de las medidas de investigación tecnológica

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica[8] supuso dar cobertura legal a las diligencias de investigación tecnológica[9]. De esta manera, se regulan las diligencias de investigación de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. Se trata de los Capítulos IV a X del Título VIII («De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución»), art. 588 bis a 588 octies.

La nueva regulación pretendió dotar de mayor eficacia al derecho procesal a la vez que procuraba se actuase con pleno respeto a las garantías del proceso cuando se vieran afectados derechos fundamentales de la persona, reconocidos en el art. 18 LECr[10]. Y es que la regulación de estas diligencias de investigación había sido ampliamente demandada por la doctrina[11] y jurisprudencia; en ese sentido, por todas, la STC 145/2014 recordaba la necesidad de una habilitación legal en los supuestos de injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

---

8. BOE núm. 239, de 6/10/2015.

9. Anteriormente, no existía una regulación concreta de esta materia en la LECr. En los supuestos de acceso a la prueba electrónica se aplicaban por analogía preceptos de la LECr y la amplía doctrina jurisprudencial que sí se había desarrollado en esta materia.

10. Véase la Exposición de Motivos, apartado IV.

11. Sobre este tema, véase, entre otros, ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, Agencia de protección de Datos, Premio Protección de datos Personales, Madrid, 1998, p. 22, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Hacia un nuevo proceso penal*, La Ley, Madrid, 2010 y BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús, «Las diligencias de investigación restrictivas de los derechos fundamentales», *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*», La Ley, Madrid, 3ª ed., 2015.

Con la reforma de la LECr se cumple con las obligaciones que resultan de la ratificación del Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001[12], que se aplica a la obtención de pruebas electrónicas[13] y se ha dado cobertura legal a las medidas de investigación tecnológica, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS. Así, destacamos entre la numerosa doctrina jurisprudencial las siguientes sentencias del TS: STS 250/2017, de 5 de abril[14], sienta la doctrina general sobre los presupuestos necesarios para la autorización de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, STS 272/2017, de 18 de abril[15], sobre la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen con motivo de la nueva regulación de la LECr y STS 786/2015, de 4 de diciembre[16], sobre registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, en este caso acceso al contenido de ordenadores; importa resaltar en esta sentencia la doctrina jurisprudencial sobre el derecho al propio entorno virtual.[17]

La utilización habitual de las nuevas tecnologías hace necesaria la obtención de prueba de tipo tecnológico que, si bien es cierto que contribuirá a incrementar la eficacia judicial en la persecución de los delitos en igual medida aumentará el riesgo de lesividad del derecho fundamental a la protección de los datos personales de las personas investigadas. A pesar de ello, no se ha aprovechado la reforma de la legislación procesal para haber realizado una protección específica del derecho a la protección de los datos personales que pudiera verse afectado con motivo de la obtención de prueba tecnológica. La importancia de esta protección va a hacer necesario que se legisle, en el futuro, en el sentido de una protección específica de manera separada al resto de derechos fundamentales que se contienen en el art. 18 CE.

---

12. BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

13. Art. 14.2 c) Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia. La prueba electrónica o en soporte electrónico la define Sanchís Crespo, Carolina, «La prueba en soporte electrónico», *Las tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio,* AAVV (coords. Gamero Casado, Eduardo y Valero Torrijos, Julián), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, p. 713, como «aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido, bien mediante el convencimiento psicológico, bien al fijar este hecho como cierto atendiendo a una norma legal». Con carácter general, la prueba en el proceso penal cabe definirla como «la actividad procesal, de las partes (de demostración) y del juez (de verificación), por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de la verdad de los datos alegados al proceso». De esta manera, la describe Barona Vilar, Silvia, «La prueba (I)», AAVV (dirs. Montero Aroca, Juan, Gómez Colomer, Juan Luis, Barona Vilar, Silvia, Esparza Leibar, Iñaki, Etxebarria Guridi, José Francisco), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal,* 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 38.

14. Roj: STS 1582/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1582.

15. ROJ: STS 1594/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1594.

16. ROJ: STS 5362/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5362.

17. Así mismo, una recopilación de las sentencias más recientes de la Sala de lo Penal del TS que asientan la doctrina jurisprudencial de los medios de prueba tecnológicos la realizan Villegas García, María Ángeles y Encinar del Pozo, Miguel Ángel, «Validez de medios de prueba tecnológicos», *Diario La Ley,* núm. 9005, Sección dossier, 21 de junio de 2017.

2. Los dispositivos de almacenamiento masivo de información

El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información se aborda en los arts. 588 bis sexies a, b y c LECr (Capítulo VIII del Título VIII, Libro II, «De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución»). La regulación de este tipo de diligencia de investigación refuerza la seguridad jurídica que se necesitaba en la obtención de la prueba electrónica [18]. Se sigue la doctrina del TS que se incorpora a la regulación; así, entre otras muchas, la sentencia del TS 785/2008, de 25 de noviembre, F. J. 4[19]. Por lo tanto, la jurisprudencia argumentaba y en esa línea se legisla que los dispositivos de almacenamiento masivo son algo más que una pieza de convicción a aportar a los autos y que habrá que estar a su contenido, ie., se debe tener en cuenta que contienen datos de carácter personal y, por lo tanto, es necesario o bien, el consentimiento del titular o un título habilitante, ie., una resolución judicial en forma de Auto, que fije, expresamente, los términos y alcance de los dispositivos que deben ser registrados.

Los dispositivos de almacenamiento masivo pueden, además de afectar el art. 18.1 CE y el art. 18.3 CE, vulnerar el derecho a la protección de los datos personales del art. 18.4 CE. Esta diligencia de investigación resulta ser la más lesiva para los datos de carácter personal puesto que se accede a dispositivos electrónicos donde se contiene una enorme cantidad de datos personales. Ya desde la sentencia del TS 342/2013, de 17 de abril, F. J. 8, se pone de manifies-

---

18. La doctrina ponía así de relieve la necesidad de una autorización judicial expresa habilitante para poder llevar a cabo el registro de este tipo de dispositivos de almacenamiento masivo de la información. Véase entre otros, Castillejo Manzanares, Raquel, «Medios Probatorios», *Hacia un nuevo proceso penal*, op. cit., «…el procedimiento adecuado en estos supuestos, esto es, cuando se trate de la inspección o recogida de dispositivos y soportes de almacenamiento masivo de datos, es que la autorización judicial debería contener expresamente su práctica y sobre qué soportes se ha de realizar». Sobre este tema podemos ver también Delgado Martín, Joaquín, «La prueba electrónica en el proceso penal», *Diario La Ley, nº 8167, Sección Doctrina*, 10 de octubre de 2013, González-Cuéllar Serrano, Nicolás, AAVV, «Garantías constitucionales en la persecución penal en el entorno digital», Derecho y justicia penal en el siglo xxi: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García, Colex, Madrid, 2006, pp. 887-916, Ortiz Pradillo, Juan Carlos, «Nuevas medidas tecnológicas de investigación criminal para la obtención de prueba electrónica», *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar probar el delito,* AAVV (coord. Pérez Gil, Julio), La Ley, 2012, pp. 267-310, Pérez Gil, Julio y González López, Juan José, «La incorporación de datos personales automatizados al proceso en la propuesta de Código Procesal Penal», *Diario La Ley,* núm. 8217, 2013. Cabezudo Rodríguez, Nicolás, «Algunas reflexiones acerca de la reglamentación de las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Nuevos horizontes del derecho procesal*: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Peñalva* (coords. Jimeno Bulnes, Mar y Pérez Gil, Julio), Bosch, Barcelona, 2016, pp. 541-558.

19. Roj: STS 7179/2008 - ECLI: ES:TS:2008:7179. Recuerda la doctrina consolidada de la Sala «…esta Sala Segunda SSTS 985/2009 de 13.12, 342/2013 de 17.4, 587/2014 de 18.7, tiene declarado que: El acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado, no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE)».

to esta circunstancia y la necesidad de autorización judicial habilitante que justifique el sacrificio del titular del dispositivo a la protección de sus datos personales[20].

La importancia de esta sentencia 342/2013 radica, además, en que recoge el tratamiento jurídico que el TS realiza del contenido almacenado en el dispositivo electrónico[21]. Se decanta por la protección del «derecho al propio entorno virtual» que lo define como «toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de

---

20. Roj: STS 2222/2013 - ECLI: ES:TS: 2013:2222. En el F. J. 8 de la STS 342/2013 se recoge: «El acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado, no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar —de hecho, normalmente albergará— información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.
En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policia, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal.»

21. El F. J. 8 de la STS342/2013 dice así: «La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital. Sea como fuere, lo cierto es que tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante. Y esa autorización no está incluida en la resolución judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. De ahí que, ya sea en la misma resolución, ya en otra formalmente diferenciada, el órgano jurisdiccional ha de exteriorizar en su razonamiento que ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías.»

dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos». Se trata de contemplar de forma unitaria mensajes, imágenes, documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado». El TS considera que este tratamiento jurídico unificado puede ser más adecuado para su protección jurisdiccional y lo denomina «derecho al propio entorno virtual» al que concede un plus de protección superior en el momento de su sacrificio que el tratamiento constitucional individualizado cada uno de los derechos contemplados en el art. 18 CE.

3. Ilicitud de la prueba tecnológica obtenida vulnerando el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal

La protección de los datos de carácter personal elevada al rango de derecho fundamental debe traer como consecuencia en el proceso penal la ilicitud de la prueba en el caso de que los datos del investigado se hayan obtenido vulnerándolo. No obstante, esta afirmación, no existe aún pronunciamiento jurisprudencial al respecto. Pero es que, además, en las pocas sentencias en que se trata la vulneración de los datos de carácter personal y su posible ilicitud se opta por la protección del «derecho al entorno virtual o digital» en vez de la protección, de manera aislada o individual, de los derechos del art. 18 CE.

Diferencias de tratamiento existen también en la vulneración de los datos de carácter personal obtenidos por un particular de los aprehendidos por la policía judicial con motivo de una investigación penal. Así la sentencia del TS 116/2017, de 23 de febrero[22] que, en el F. J. 6, distingue los dos supuestos: «… está fuera de discusión la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren el mandato prohibitivo del art. 11 de la LOPJ. Pero más allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites consti-

22. Roj: STS 471/2017 - ECLI: ES:TS:2017:471.

tucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado. Lo que proscribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas («no surtirán efecto las pruebas obtenidas...»). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal — entendido éste en su acepción más flexible— lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales».

Por su parte, la doctrina se empieza a plantear la repercusión que tiene en el proceso penal la vulneración del derecho a la protección de los datos personales del sujeto investigado. Se ponen de manifiesto las consecuencias que en el proceso penal debe tener la obtención, de manera ilícita, de datos personales del investigado y su incidencia en la valoración de la prueba[23]. Incluso, se va más allá al cuestionarse el tratamiento jurisdiccional que se otorga a los datos personales en «…el período que transcurre entre la obtención y la celebración del juicio oral»[24]. Se habla entonces de garantizar la integridad de los datos durante la tramitación del proceso penal[25].

IV. Conclusiones

El hecho que los datos de carácter personal se encuentran protegidos con rango de derecho fundamental en la CE (art. 18.4), como así están también consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 8), supone que la obtención de prueba vulnerando este derecho conlleva unas consecuencias negativas en el proceso penal en orden a su valoración.

---

23. Así lo cuestiona Gutierrez Zarza, Ángeles, «La protección de datos personales como derecho fundamental del imputado, ¿también en el ámbito del proceso penal?», *La Ley penal*, núm. 71, mayo 2010, Protección de Datos en el Proceso Penal, p. 4, que entiende que la protección de los datos personales debe formar parte del conjunto de principios y derechos del proceso penal.

24. Esparza Leibar, Iñaki, «Protección de datos de carácter personal y proceso penal» ponencia presentada en el Congreso *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*, celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela, los días 9 y 10 de noviembre de 2017. Ponencia publicada en *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (dir. Etxebarria Estankona, Katixa, Ordeñana Gezuraga, Ixusko y Otazua Zabala, Goizeder), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

25. Delgado Martín, Joaquín, «Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015», *Diario La Ley,* núm. 8693, Sección doctrina, 2 de febrero de 2016, p. 3, destaca el problema de la manipulación de los datos: «…los datos pueden ser fácilmente modificados, sobre-escritos o borrados, lo que determina un peligro evidente de manipulación de las pruebas. De esta forma resulta necesario utilizar técnicas que permitan obtener dichos datos y garantizar su autenticidad e integridad durante la tramitación del proceso (cadena de custodia).» Las consecuencias en el proceso penal de los datos personales obtenidos violentando este derecho fundamental también lo pone de relieve Frías Martínez, Emilio, «Protección y tratamiento de datos personales por el Ministerio Fiscal», *La Ley penal,* núm. 71, mayo 2010, Protección de datos en el proceso penal, p. 7, quien no duda de la ilicitud de la prueba así obtenida: «Al elevar la protección de los datos de carácter personal a la categoría de derecho fundamental, la ilicitud en la obtención de los mismos tendrá consecuencias directas en la consideración de su valor probatorio, pues indudablemente los datos que hayan sido obtenidos con quebranto del derecho fundamental no podrán ser valorados para desvirtuar la presunción de inocencia».

Se podía haber aprovechado la reforma de la legislación procesal en materia de medidas de investigación tecnológica para realizar una protección específica del derecho a la protección de los datos personales afectado por la obtención de prueba tecnológica. La importancia de los datos personales hará necesario que se legisle en el sentido de una protección específica de manera separada al resto de derechos fundamentales que se contienen en el art. 18 CE.

No existe en este tema aún pronunciamiento jurisprudencial claro sobre las consecuencias de la valoración de la prueba vulnerando el derecho de protección de datos de carácter personal. Pero es que, además, en las pocas sentencias en que se trata, se hace de manera unitaria y se opta por la protección del «derecho al entorno virtual o digital» al considerarlo con un plus de protección mayor que si se contemplan de manera unitaria los derechos fundamentales contenidos en el art. 18 CE. En cualquier caso, el acceso, a efectos probatorios, de los datos personales en el entorno virtual, que revelan el perfil personal del investigado, se ha de convertir en uno de los retos que deberán protegerse desde el ámbito de las garantías procesales[26].

26. En el caso del consentimiento del investigado para el acceso a su entorno virtual la LECr no regula las condiciones en que se debe prestar ese consentimiento para que tenga validez en el proceso. Podemos ver un estudio de esta problemática realizado por Fernández — Gallardo Fernández — Gallardo, Javier Ángel, *La Ley Penal,* núm. 126, Sección Legislación aplicada a la práctica, mayo-junio 2017.

18 | Reflexiones sobre la incardinación de la Fiscalía Europea en el ordenamiento procesal español

Mª Ángeles Pérez Marín[1]
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

SUMARIO. I. Acercamiento contextual. II. La fiscalía como órgano de investigación. 1. Punto de partida. 2. Influencia de los Estados miembros en la creación de la Fiscalía Europea. III. La actuación de la fiscalía a través de los ordenamientos nacionales. Especial referencia al ordenamiento español

I. Acercamiento contextual

En el año 2017 vio la luz el Reglamento de aprobación de la Fiscalía Europea. Este órgano ha sido pacientemente esperado —y pacientemente luchado, podemos decir— por la Comisión Europea, que jamás cejó en su intención de establecer un órgano que centralizara la investigación penal de la lucha contra el fraude transnacional que afectara a los intereses financieros de la Unión.

Aunque la base jurídica que justifica este nuevo órgano se encuentra en el art. 86 TFUE, el *iter legislativo* no fue precisamente sencillo, pero en ningún momento la Comisión receló de su intención inicial. Su objetivo era instaurar

1. Miembro de los Proyectos de Investigación *Un paso adelante en la consolidación del espacio judicial europeo y su aplicación práctica en España: visión desde el proceso civil y penal* (DER2015-71418-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dirigido por la Profesora Mar Jimeno Bulnes, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos y del Proyecto de Investigación *Instrumentos para el reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones penales: incorporación al Derecho español de los avances en cooperación judicial en la Unión Europea* (DER 2015-63942-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dirigido por la Profesora María Isabel González Cano, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla.
Integrante del Grupo de Investigación *La Administración de Justicia en España y América* (PAI SEJ-308), financiado por la Junta de Andalucía.

una Fiscalía común porque la realidad social y jurídica ponían de manifiesto que la lucha contra la delincuencia transnacional —cada vez más consolidada—, y que la adopción de una política criminal preventiva, exigían un alto grado de cooperación entre ordenamientos que, desafortunadamente, no se ha logrado. Como consecuencia, y justificándose en el principio de subsidiariedad, la Unión abordó la idea de instaurar medidas adecuadas para combatir a las organizaciones delictivas trasfronterizas, estimando que un órgano penal supranacional, con competencia en todos los Estados miembros, podría actuar con legitimidad y eficacia en el ámbito de los delitos de naturaleza económica.

No podemos negar, así, que la economía constituye la base «argumental» de la Unión. Esta comenzó siendo una «comunidad económica» —cuyo objetivo fue superar la crisis en la que quedó sumida Europa tras la Segunda Guerra Mundial— y continúa siendo una organización cuya esencia más íntima sigue estando constituida por parámetros socioeconómicos. Los avances hacia una unión bancaria, el mecanismo único de supervisión, el claro giro hacia una visión penal en la política de protección de los intereses financieros, la aprobación de instrumentos jurídicos destinados a proteger estos intereses frente a los actos delincuencia transnacional que socavan los cimientos económicos de la Unión o la decisión que, en esta deriva hacia el derecho penal como barrera más eficaz de prevención, en su día tomó la Comisión para establecer un Fiscal Europeo que protegiera los intereses financieros, son una clara muestra del camino que se ha abierto.

Sin embargo, todos estos hitos —que sin duda son beneficiosos tanto para la Unión como para los Estados Miembros, en atención a la interrelación de intereses existente—, no pueden apreciarse desde una perspectiva aislada, sino que han de analizarse de forma conjunta, poniendo en conexión todos los pasos que se están dando en pos de la implantación de una esfera de actuación propia dentro del espacio judicial europeo, ceñida a la protección de los intereses económicos y financieros de la Unión. En caso contrario, perderíamos de vista la globalidad que exige esta materia transversal y nos perderíamos en el análisis exhaustivo, pero desafortunadamente inútil, de las diferentes instituciones e instrumentos que componen el universo jurídico de la Unión.

II. La Fiscalía como órgano de investigación

1. Punto de partida

El Reglamento (UE) 2017/1939[2] ha fijado claramente la posición de la Fiscalía Europea dentro de la órbita penal de la Unión, en tanto que —olvidando criterios de complementariedad— será el único órgano competente para investigar los hechos que pudieran ser subsumidos en algún delito relacionado con la vulneración de los intereses financieros de la Unión. Además, determinará el ordenamiento nacional que deba conocer de la fase de enjuiciamiento y, en su caso, sostendrá la acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes de dicho Estado.

Pero en este entramado jurídico que parece acercarse a la creación de un ordenamiento penal propio —tengamos en cuenta la clara armonización de normas penales, por otro lado insuficiente, la cada vez más habitual aprobación de reglamentos en el ámbito penal o, como venimos diciendo, la creación de órganos penales supranacionales con competencia en todos los Estados—, circunscrito a la protección de los intereses financieros de la Unión[3], debemos tener en cuenta algunos datos.

— En primer lugar, que la Unión Europea no puede desconocer los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, claramente definidores de su actividad, tal y como determina el art. 5 TUE
— En segundo lugar, que el 325 TFUE[4] regula la lucha contra el fraude y ello en sede de disposiciones financieras y, por lo tanto, fuera de la cooperación judicial[5] propiamente dicha. Al mismo tiempo, este precepto fija la

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 de 31 de octubre de 2017, nº L 283, pp. 1-71.

3. Entre otros instrumentos jurídicos decididamente dirigidos a proteger los intereses financieros de la Unión podemos citar los siguientes: Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, DOUE de 19 de junio de 2018, nº L 156, pp. 43-74; 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 de 28 de julio de 2017, nº L 198, pp. 29-41; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, Bruselas, 13 de septiembre de 2017, documento COM(2017) 849 final; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso, Bruselas, 21 de diciembre de 2016, documento COM(2016) 819 final; Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, Bruselas, 21 de diciembre de 2016, documento COM (2106) 826 final; Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, DOUE de 21 de mayo de 2014, nº L 151, pp. 1-8.

4. Véase el TFUE en su Sexta Parte (Disposiciones institucionales y financieras), Título II (Disposiciones financieras), Capítulo 6 (Lucha contra el fraude).

5. Arts. 82 a 86 TFUE.

obligación de los Estados de prevenir el fraude contra los intereses financieros de la Unión mediante la adopción de las mismas medidas que aprobarían para combatir el fraude contra los intereses nacionales. En este sentido, las medidas más eficaces y disuasorias son, sin duda, las penales, por lo que el derecho penal ha pasado a convertirse en un bastión para la prevención y la lucha contra el fraude. Asimismo, la necesidad de involucrar a los Estados se explica en que el fraude que afecta a los intereses de la Unión no sólo inciden en un uno de los pilares básicos de la propia Unión Europea —la economía— sino que, obviamente, mina los cimientos económicos en los que se asientan los ordenamientos nacionales.

— Por último, podemos comprobar que, en la práctica, la Unión no ha perdido completamente el cariz intergubernamental del pasado, ya que los Estados están decididos a mantener parcelas de soberanía y de competencia en un ámbito que, como el penal, es extremadamente sensible al constituir la manifestación formal de su más pura esencia: la aplicación del *ius puniendi*. A ello debemos añadir que cada Estado conforma su ordenamiento en función de criterios y principios constitucionales propios, por lo que, aunque la mayoría de los ordenamientos que forman parte del espacio de libertad, seguridad y justicia pertenecen a la familia del derecho continental —o sistema de *civil law*—, cada uno de aquellos se sustenta en características específicas que no son fácilmente renunciables ni extrapolables.

Es precisamente el temor que genera en el legislador europeo la posición generalizada de los Estados en defensa de su parcela —escasa, por otro lado— de soberanía frente a la Unión, lo que le ha llevado a asumir ciertas concesiones a los intereses naciones, acomodados en una postura reacia al mayor grado de integración que exigen las circunstancias actuales.

2. Influencia de los Estados miembros en la creación de la Fiscalía Europea

La actuación conservadora de los Estados en defensa del mantenimiento de parcelas de soberanía penal se ve claramente reflejada en la organización y la estructura de la Fiscalía Europea. Efectivamente, esta ha surgido con una complejidad organizativa y de actuación que en muy poco se parece a aquel órgano que se nos mostraba en la primera versión de la Propuesta de Reglamento del año 2013[6].

6. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea, Bruselas, 17 de julio de 2013, COM(2013) 534 final.

Entonces parecía deducirse parecía deducirse que la intención del legislador era la de crear un órgano ágil. De este modo, el art. 6 de la Propuesta indicaba claramente que, aún manteniendo una estructura descentralizada a dos niveles —uno central en Luxemburgo y otro que se focalizaba en los Estados Miembros, y del mismo modo se mantiene en el Reglamento de 2017— la Fiscalía incluiría un Fiscal Europeo, cuatro Delegados, el personal que debería asistir a dichos órganos en sus funciones y los Fiscales Europeos Delegados —uno, en principio, por cada Estado[7]—. Además, se apreciaba una relación directa entre el Fiscal Europeo y los Fiscales Europeos Delegados ya que aquel dirigiría y supervisaría la investigación tramitada por estos.

Aunque pudiera alegarse que la Propuesta de 2013 era el punto de partida y que, como consecuencia, estaba abierta a las modificaciones oportunas, lo cierto es que el Reglamento actual diseña una Fiscalía mastodóntica en su nivel centralizado, toda vez que estará compuesta por el Fiscal General Europeo, dos Fiscales adjuntos, el Colegio —formado por el Fiscal General Europeo y un Fiscal Europeo represtante de cada Estado, al modo de Eurojust—, las Salas Permanentes —cuyo número dependerá de las necesidades de la Fiscalía— formada por el Fiscal General Europeo o por un Fiscal Europeo que la presidirán, más dos mimbros permentes, además de un Director Adminsitrativo responsable de la gestión diaria de la Fiscalía, y que la representará a efectos administrativos y presupuestarios. A todo ello debemos añadir el personal necesario para atender en sus funciones a los Fiscales y a los órganos que conforman la Fiscalía y demás funcionarios que tendrán como labor el mantenimiento cotidiano de la la sede para asegurar el normal funcionamiento de la misma.

Sostener esta estructura obliga a dotarla de medios humanos y técnicos suficientes, que serán más complejos cuanto más complejo, formalmente hablando, sea el órgano al que atiendan Por otro lado, una «megafiscalía» —entendiendo esta expresión desde un punto de vista cuantitativo con relación al número de profesionales de los ámbitos jurídico y administrativo que desarrollen en esta su actividad profesional—, dificulta considerablemente una actuación rápida y eficaz del órgano, el órgano, pues la burocracia interna y los plazos de actuación excesivamente amplios pueden lastrar el funcionamiento ágil que ha de presuponérsele.

Pero no es solo que la estructura, por sus propias dimensiones, influya en la agilidad de la actividad de la Fiscalía, sino que se establece un claro criterio de ordenación jerárquica, de modo que las Salas Permanentes, por ejemplo, someterán a los Fiscales Delegados a un rígido control en tanto que pueden dar

7. Véase art. 6 de la Propuesta de Reglamento de 2013.

instrucciones, reasignar un asunto, ordenar la avocación de un caso, reabrir una investigación, acordar la aplicación de un procedimiento simplificado o determinar el archivo de la cuasa[8].

Sin embargo, donde se demuestra la clara influencia de los Estados es en la estructura y las funciones del Colegio. Este órgano no estaba previsto en la Propuesta original, porque, como decimos, la Fiscalía se difinió en atención a una relación casi directa entre el Fiscal Europeo y los Fiscales Delegados. En la actualidad, situado en el nivel central, el Colegio acoge a un Fiscal Europeo por cada Estado miembro y tiene como función adoptar decisiones sobre asuntos estratégicos y cuestiones generales que surjan en los casos particulares para garantizar, de este modo, el éxito de la estrategia de la acción penal. Salvando las distancias, podemos decir, que será el órgano que establezca los criterios de política criminal en el ámbito específico de los delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea y que, por lo tanto, diseñará la investigación de los Fiscales Delegados en los asuntos cuya investigación les corresponda.

Es, pues, claramente apreciable que el legislador europeo ha cedido parcelas de poder a los Estados. En definitiva, y sin olvidar la independencia que inspira la actuación de la Fiscalía Europea, son aquellos los que, a través de sus representantes en el Colegio, delimitarán la investigación de los Fiscales Delegado, obviamente conectando las soluciones ofrecidas a las características propias de cada uno de los ordenamientos adheridos. De alguna manera, pues, podemos entender que los Estados han conseguido proteger su identidad gracias a que tendrán un representante en la en la Fiscalía o, dicho de otra forma, incluso en esta parcela propia y específica de protección de los intereses de la Unión, y no de los Estados, la soberanía estatal se ha reservado un lugar de preferencia. Queda ahora comprobar cuál será exactamente el funcionamiento de este órgano y el procedimiento de adopción de decisiones que se especificarán en el Reglamento de funcionamiento interno.

III. La actuación de la Fiscalía a través de los ordenamientos nacionales. Especial referencia al ordenamiento español

Los Fiscales Europeos Delegados —al menos dos por cada Estado, según el art. 13.2 del Reglamento de 2017— dirigirán las investigaciones, así que cada Estado deberá dotarse de una estructura mínima que facilite su actuación. Por otro lado, los Fiscales Delegados no actúan para la Fiscalía de forma exclusiva sino que lo hacen bajo el criterio de «*doble sombrero*» o «*double hat*», fiján-

8. Véase art. 10 del Reglamento 2017/1939.

dose, también, una conexión entre ambas funciones. Así, para ejercer la función de Fiscal Delegado en España, por ejemplo, el Fiscal deberá mantener las condiciones que le permiten desarrollar la tarea que le corresponden como Fiscal nacional. Así, una sanción disciplinaria que implicara la suspensión o el apartamiento del cargo provocaría, igualmente, la pérdida de la condición para actuar como Fiscal Delegado[9].

Del mismo modo, cuando actúen como Fiscales Delegados, lo harán atendiendo a los principios que rigen el funcionamiento de la Fiscalía Europea, y solo quedarán sujetos a las decisiones que pudieran adoptar los órganos de esta. Por lo tanto, durante la investigación de un delito que afecte a los intereses financieros de la Unión, su actuación no se verá influenciada por los principios rectores del Ministerio Público en España. De forma inexcusable, las autoridades nacionales se abstendrán de realizar manifestaciones o de influir de algún modo en la actuación de los Fiscales Delegados.

Dadas las dificultades que podrían surgir a partir de esta doble función, el art. 13.3 del Reglamento incorpora una cláusula de la que se deduce que cuando la función como Fiscal nacional impida ejercer como Fiscal Delegado, esta prevalecerá, pudiéndonos encontrar con Fiscales Delegados que únicamente ejerzan como tal. Igualmente, parece que cuando surja un conflicto de intereses —entre la Unión y el Estado— como consecuencia de esta doble función, deberá prevalecer el interés supranacional. Así, se aplicará la solución dada en el Reglamento a aquellas cuestiones reguladas tanto en el ordenamiento nacional como en este instrumento jurídico.

Pero lo más relevante es que, ante la falta de una norma procesal propia, las vías procesales por las que se tramitará la investigación de la Fiscalía Europea se corresponderán con las de los ordenamientos nacionales. Luego, a pesar de la armonización de normas penales, nos podemos encontrar con tantas formas de tramitación como Estados adheridos, ya que no se ha producido ningún tipo de armonización de procedimientos. Además, en esta función, los Fiscales Delegados se someterán a la regulación nacional, por lo que deberemos tener en cuenta que las posibilidades de actuación que ofrece cada ordenamiento son diferentes. La actividad del Fiscal Delegado en España estará sometida a unos principios, requisitos y previsiones legales que diferirán, por ejemplo, de la regulación de otro ordenamiento en el que el Fiscal sea independiente y autónomo. Dado que el Fiscal Delegado debe someterse al ordenamiento nacional, ciertas medidas que en nuestro ordenamiento corresponde adoptar al Juez

9. Aunque el Reglamento abre tanto a Fiscales como a Jueces la posibilidad de desarrollar la función de Fiscal Europeo Delegado, la redacción de este cuerpo legal parece pensada para que sean los miembros de los Ministerios Públicos de los Estados miembros quienes desarrollen dicha función.

no podrán ser acordadas por el Fiscal Delegado, que deberá solicitar al órgano jurisdiccional que actúe como órgano de garantías en la aprobación de las medidas instadas. Sin embargo, en los ordenamientos en los que la investigación está atribuida al Fiscal, el Fiscal Delegado no se verá constreñido, en la mayor parte de las ocasiones, por el Juez de garantías.

De hecho, y pareciendo que el interés del legislador es el de contentar a todos los Estados, el art. 30 del Reglamento, que regula las medidas de investigación, indica claramente en su apartado 1 que para los delitos castigados con penas máximas privativas de libertad de al menos 4 años, los Fiscales Delegados deberán estar facultados para *ordenar* o para *solictar* la práctica de las medidas que en éste se indican. Casi podríamos decir que este artículo está pensado para el caso español, en el que el Fiscal no instruye y tiene la consideración de parte.

Efectivamente, si analizamos el sentido de dicho precepto desde otra perspectiva, resulta evidente que el hecho de que la investigación se esté desarrollando en el ámbito de la Fiscalía no necesariamente implica un cambio en las previsiones de nuestro ordenamiento. De este modo, si un Fiscal nacional no puede acordar la intervención de los sistemas informáticos, el Fiscal Delegado tampoco podrá hacerlo, porque la regulación española exige que dicha medida de investigación sea acordada necesariamente por el Juez de Instrucción.

Concretamente, el art. 3.5 EOMF indica que corresponderá al Fiscal «[i]ntervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas». En este sentido, y aunque no suele ser lo habitual, pedir no significa necesariamente que el Juez deba conceder y, en cualquier caso, el Fiscal, por sí mismo, no puede decidir. Por ello, el art. 311 LECrim indica que «[e]l Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales».

Con base en lo anterior, y aunque en el art. 28.4.II RFE se advierte que todos los Estados estarán en disposición de que el Fiscal pueda acordar o pueda solicitar la práctica de las concretas medidas de investigación relacionadas en el art. 30, no creemos que el legislador europeo haya construido una arquitectura tan compleja para topar con un ordenamiento, como el español, en el que el Fiscal no tiene capacidad de actuación autónoma con relación a las medidas de investigación que puedan adoptarse en el proceso penal. No es que con la situación

actual el Fiscal Europeo Delegado deberá solicitar autorización del Juez de garantías —quedando aún por determinar cuáles deberían ser los órganos jurisdiccionales a los que se atribuiría dicha función— para adoptar medidas de investigación o medidas cautelares que afecten a los derechos fundamentales de los investigados, es que el Fiscal Europeo Delegado, haciendo una interpretación literal y estricta del Reglamento de la Fiscalía Europea y de nuestra regulación nacional, no podría acordar la práctica de ninguna diligencia porque el Fiscal español no tiene atribuida esa «competencia», tal y como recuerda el art. 311 LECrim. Paradójicamente, todas y cada una de las decisiones del Fiscal Delegado deberían pasar por la autorización del órgano de garantías, que resultaría elevado a una especie de codirector de la investigación junto con el Fiscal.

Por otro lado, en España, más allá de abordarse la necesaria reforma de la Fiscalía y del proceso penal, deberíamos realizar un análisis que permitiera coordinar las previsiones del Reglamento con la participación de otras partes acusadoras. Como sabemos, el Ministerio Público español no tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal y nuestra Constitución reconoce el derecho de personación a las víctimas —a través de la acusación particular—, y a los ciudadanos, en general, —a través de la acusación popular—, pudiendo aquellos realizar las primeras actuaciones de imputación. Téngase en cuenta, por cierto, que no en todos los ordenamientos europeos las posibilidades de actuación reconocidas a las víctimas, por ejemplo, son las mismas, circunstancia que sesgaría claramente la función de la Fiscalía. Sería imposible afirmar, pues, que el procedimiento es idéntico en todos los Estados, aunque sólo fuera porque las posibilidades de intervención de las partes son diferentes.

Cabe, así, plantearse si verdaderamente el objetivo de la Comisión era construir un órgano penal situado entre los paradigmas de la supranacionalidad y el sometimiento a los requerimientos de la soberanía de los Estados Miembros. Como consecuencia, podría ser razonable entender que el legislador se ha visto abocado a esta solución en su intención de lograr la aprobación del Reglamento, cediendo a la presión de unos Estados empeñados en el interés de mantener pacelas de soberanía en el ejercicio del *ius puniendi.*

Pero podemos encontrar otra visión del tema. Así, salvo los principios informadores de la actuación de la Fiscalía Europea —por otro lado matizados por las características propias del ordenamiento procesal nacional—, los Fiscales Delegados no pierden en ningún momento su consideración de órgano nacional —además de que, con carácter general, actuarán sometidos al criterio de la doble función—, así que nos encontraríamos ante un Fiscal nacional que, en determinados casos, se pone a disposición de la Fiscalía Europea para investigar hechos o actuaciones que impliquen un ataque contra los intereses financieros de la Unión.

Cuestión diferente es, por otro lado, hasta qué punto nuestra Constitución y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en sus redacciones actuales, pueden admitir sin fricciones que un órgano ajeno a nuestro sistema jurídico pueda adoptar decisiones que habrán de ser inmediatamente reconocidas por las autoridades nacionales. Es cierto que la pertenencia a la Unión obliga a los Estados miembros a someterse a determinadas condiciones y a asumir las instituciones y órganos que la componen. Sin embargo, no solo estamos asistiendo al nacimiento de un nuevo órgano que el ordenamiento español debe reconocer como competente para intervenir en la investigación penal, sino que nos encontramos ante una coyuntura que puede alterar las previsiones constitucionales en torno a la función de tales órganos y que impone una transformación —para determinados casos— de la instrucción penal, puesto que en estos supuestos específicos la investigación será dirigida por el Fiscal y no por el órgano instructor, esto es, el Juez de Instrucción.

Teniendo en cuenta dicho contexto, la Fiscalía Europea obligará a realizar en España un nuevo análisis del ordenamiento constitucional, quedando los operadores jurídicos obligados a adaptar la interpretación de algunos de nuestros principios fundamentales. Piénsese, por ejemplo, en el principio del juez legal predeterminado por la ley[10] —art. 24.2 CE[11]—, en la estructura del proceso penal —en el que la fase de investigación corresponde al Juez de Instrucción y no al Fiscal—, en los principios medulares de la Fiscalía Española —una dependencia jerárquica, fundamentalmente, que deja entrever, además, una aparente vinculación del órgano con el Ejecutivo—[12], la propia ubicación de la Fiscalía —que no forma parte del Poder Judicial, circunstancia que le priva de la natural independencia que caracteriza a este Poder del Estado y que supone una auténtica garantía para la investigación y para las partes personadas— o en las

10. Sobre este aspecto, véase Moreno Catena, V., *Fiscalía Europea y Derechos fundamentales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, esp. p. 52.

11. Art. 24.2 CE: «Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

12. «No obstante, el principio de dependencia es el más controvertido pues en su vertiente interna supone la subordinación a sus superiores y en especial al Fiscal General del Estado, que podrán dar instrucciones a los inferiores, pero en su vertiente externa se conecta con su subordinación respecto del Poder ejecutivo. Nuestra Constitución ha adoptado una posición intermedia, y en su virtud, se eliminó la referencia constitucional a la dependencia gubernamental pero no se pretendió modificar la tradicional posición del Ministerio Fiscal en el entramado constitucional. Así, según reitera la STC 7/1981, de 14 de abril: «no es un órgano administrativo, pero tampoco es un órgano auténticamente judicial». Como tampoco es un órgano al servicio del Ejecutivo, ni su agente. Podría caracterizársele, por tanto, como lo hiciera el Diputado Sr. Cisneros en los debates constituyentes como un órgano del Estado en la Administración de Justicia», en http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=124&tipo=2 (fecha de consulta: 12 de octubre de 2018).

facultades de actuación que se otorga al Ministerio Fiscal en la tramitación de nuestro proceso penal.

El hecho de que la Fiscalía española, salvo excepciones[13], no tenga tribuida la investigación no es, pues, una decisión arbitraria del legislador, es la conclusión natural a la que se llega como consecuencia, entre otros factores, de las características organizativas y de actuación de nuestro Ministerio Público. Un órgano que carece de autonomía interna, y que ve claramente afectado su independencia externa —aunque sea en apariencia—, carece de la objetividad y de la imparcialidad que se exige a un órgano instructor, siendo la independencia lo que dota de sentido a la imparcialidad del órgano. Estos dos principios son, además, imprescindibles para que el derecho de defensa despliegue toda su eficacia a lo largo del proceso y para garantizar la efectiva dualidad de posiciones procesales.

Advirtamos, por otro lado, que se alteran las condiciones del proceso, pues nos encontraremos ante un «instrumento mixto» en el que los órganos de enjuiciamiento deberán asumir los resultados de la investigación tramitada por el Fiscal Delegado y no por el Juez de Instrucción, sin que ninguna norma interna acomode las previsiones del Reglamento —que vincula directamente a los Estados— en nuestro derecho positivo.

Soluciones a esta situación extraña al ordenamiento español hay varias. Así, es posible mantener o reconocer este procedimiento híbrido en el que el Fiscal Delegado actuará, prácticamente, de la misma forma, y casi en las mismas condiciones, en las que hoy lo hacen los Fiscales españoles; crear un proceso especial, con trámites procedimentales propios, para encauzar la actuación de la Fiscalía Europea en España —si bien la fase de enjuiciamiento seguirá estando sometida a la regulación ordinaria— o cabe modificar la fase de instrucción penal, atribuyéndola a un Ministerio Fiscal dotado de las necesarias garantías de independencia y autonomía —interna y externa—. En este último caso, el Fiscal Delegado en España podría actuar con la independencia y la objetividad que son propias de un órgano instructor.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la verdadera solución a la cuestión que planteamos pasa por establecer un ordenamiento procesal penal en el ámbito de la Unión Europea que no sólo debería centrarse en una Fiscalía común, sino que debería avanzar hacia la creación de un Tribunal penal cuya función, por otro lado, no puede quedar reducida al enjuiciamiento, sino que tendría que asumir, entre otras, la competencia relativa a la solución de los

13. Piénsese en el Fiscal de Menores o e en la tramitación de la investigación preprocesal en el Procedimiento Abreviado.

conflictos de jurisdicción que pudieran surgir. En el mismo sentido, habrá de preverse el establecimiento de un sistema de recursos contra la resolución emitida por el órgano de enjuiciamiento.

Sólo de este modo se asegurará que el interés verdaderamente defendido será el de la Unión Europea, se garantizará que las partes se encuentran sometidas a las mismas reglas procesales y se evitará que los investigados, o los acusados, puedan, a través del indeseado *forum shopping*, aprovechar los vacíos legales que se producirán como consecuencia de las diferencias entre los ordenamientos nacionales que, en definitiva, son las vías de actuación de la Fiscalía Europea.

19 | La regulación del convenio arbitral tras su reforma

Prof. Dr. Enrique César Pérez-Luño Robledo
Psi de Derecho procesal de la Universidad de Sevilla

Se debe al prestigioso jurista y profesor norteamericano Lon L. Fuller, una afirmación categórica: «Una ley que cambia todos los días es peor que no tener ley en absoluto»[1]. La estabilidad normativa se considera, con razón, como una de las principales garantías de la seguridad jurídica. Esta garantía ha adquirido especial protagonismo en los sistemas jurídicos contemporáneos de las sociedades avanzadas, en las que el cambio social y económico se ha traducido en un incesante flujo de normas, que dificultan el conocimiento de la legalidad vigente, incluso para los propios operadores del Derecho[2].

La Reforma del arbitraje, realizada por el legislador español en el año 2011, corrobora ese fenómeno de incesante mutación normativa. En efecto, esta Reforma legislativa, operada por la Ley Orgánica 5/2011 y la Ley 11/2011, ha supuesto la modificación de aspectos básicos de la Ley 60/2003, cuya plena vigencia debe juzgarse, por tanto, como efímera[3].

Una peculiaridad destacable en la forma de plantear dicha modificación, reside en la propia técnica legislativa utilizada a tal fin. Resulta, *prima facie* paradójico que el texto de mayor jerarquía normativa, es decir, la Ley Orgánica 5/2011 se haya promulgado como «complementaria» de una ley ordinaria como lo es la Ley 11/2011. Lo usual en la técnica legislativa es, precisamente, lo contrario; o sea, que la norma de rango inferior complemente, desarrolle o concrete el contenido de la disposición legal de mayor rango normativo. Aquí se ha hecho a la inversa y la justificación de tal proceder obedece a que, aunque la Ley Or-

1. Fuller, L.L., *La moral del Derecho*, trad. cast. de F. Navarro, Trillas, México, 1967, p. 47.

2. Cfr., Pérez Luño, A. E. *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2ª ed.1994, pp. 61 ss.

3. Perez-Luño Robledo, E. C., La reforma del arbitraje de 2011: presupuestos, antecedentes y alcance, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 57 ss.

gánica se dirige a modificar en su aspecto material la regulación del procedimiento de la Ley de Arbitraje 60/2003, desde el punto de vista formal su artículo único modifica sólo aspectos de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial.

Las dos Leyes reformadoras cifran su propósito básico, tal como con análogas expresiones se expone en sus respectivos Preámbulos, en: «el impulso que se pretende dar a los llamados sistemas alternativos de resolución de conflictos, que no deja de tener repercusión en el ámbito de la Justicia» (Ley Orgánica 5/2011, Preámbulo). Este propósito se puede considerar como una proyección al ámbito legislativo de nuestra jurisprudencia constitucional. No en vano, nuestro máximo intérprete de la Constitución en sus sentencias 43/1988 y 62/1991 reconoció la consideración del arbitraje como «equivalente jurisdiccional».

Este propósito básico se explicita en tres principios o finalidades-guía que, según entiendo, constituyen el substrato teleológico de la Reforma. Dichos principios pueden formularse en los siguientes términos:

1) La *flexibilización* del procedimiento arbitral, de modo que el mismo pueda adecuarse a las exigencias y circunstancias del actual tráfico económico y relaciones sociales, y de la conflictividad jurídica que de esos fenómenos dimana a escala nacional e internacional. Uno de los primeros exegetas de la Reforma, Francisco G. Prol, indica que mediante esa adaptación a los nuevos retos jurídicos del presente y a su vocación de operatividad, los textos reformadores contribuirán a potenciar a España «como sede de arbitrajes, intentado hacer nuestro sistema arbitral, absolutamente equiparable al que rige en otros países de nuestro entorno»[4].

Otro aspecto a través del cual se pretende contribuir a dotar de mayor flexibilidad el procedimiento arbitral es el referente a la lengua en la que se podrá sustanciar el mismo. Para ello, «se articula un nuevo sistema respecto al idioma del arbitraje, con el que se incrementan las garantías del procedimiento, al reconocerse la posibilidad de utilizar la lengua propia por las partes, por los testigos y peritos, y por cualesquiera terceras personas que intervengan en el procedimiento arbitral» (Ley 11/2011, Preámbulo).

2) La Reforma persigue también el logro del mayor grado de *uniformidad* en los procedimientos jurídicos constitutivos del sistema español del arbitraje. Ese principio, que se aduce, expresamente, como uno de los motivos básicos de la nueva legislación, se pretende alcanzar confiriendo «al Tribunal Superior de Justicia, con un ámbito territorial con mayor visibilidad a efectos de arbitraje

4. Prol, F. G., «Resumen de la modificación de la Ley de Arbitraje de 2003» en www.prol-asociados.com, Madrid/5/2011.

internacional que los Juzgados unipersonales y que permitirán una mayor unificación de criterios de lo que actualmente acontece con las Audiencias Provinciales» (Ley Orgánica 5/2011, Preámbulo).

La nueva reglamentación contribuiría de este modo a fortalecer tanto «la seguridad jurídica como la eficacia de estos procedimientos a la vista de la experiencia de estos últimos años. Con ello se pretende mejorar las condiciones para que definitivamente se asienten en España arbitrajes internacionales, sin desdeñar que al tratarse de una regulación unitaria, también se favorecerán los arbitrajes internos» (Ley 11/2011, Preámbulo).

La Reforma ha procedido también a modificar otras leyes (Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Concursal…) para reforzar la uniformidad del sistema y lograr la máxima eficacia de los procedimientos arbitrales que se realicen en España[5].

3) La *descongestión* de la jurisdicción ordinaria, en particular la mercantil a través de la nueva reglamentación del procedimiento arbitral. A tal efecto se «se aprovecha para delimitar y deslindar las atribuciones del Juzgado de lo Mercantil en materia de arbitraje, que se reducen, en detrimento del Juzgado de Primera Instancia, con lo que se les descarga de cuestiones no estrictamente mercantiles» (Ley Orgánica 5/2011, Preámbulo).

Conviene advertir que, frente a la Reforma, se han alzado también algunas voces discrepantes, impugnadoras de su oportunidad e idoneidad para el logro de los objetivos que a través de ella se persigue. Entre estas actitudes críticas, se incluye la planteada por Pedro Claros Alegría, cuyo comentario, expuesto en la etapa en la que la Reforma se hallaba todavía en la fase de Proyecto, se plantea en términos concluyentes: *La Reforma de la Ley de Arbitraje: un paso atrás.* En dicho trabajo se denuncia que la nueva legislación surge bajo el signo de la desconfianza y representa una autentica regresión con respecto al sistema establecido por la Ley de Arbitraje de 2003, en la medida en que limita o interfiere el principio de autonomía de la voluntad de las partes en el procedimiento arbitral y contiene reglamentaciones imperativas en un ámbito donde debiera optarse siempre por el reconocimiento de su carácter dispositivo. «La visión que del arbitraje ofrece el proyecto de ley —escribe Claros Alegría— está sin duda condicionada por la mala *praxis* de algunos pocos chiringuitos arbitrales en nuestro país y que han dado lugar a alguna carga de litigiosidad y malas experiencias en juzgados y tribunales». A tenor de las observaciones críticas de este autor, se desemboca en una descalificación global de la Refor-

5. Prol, F. G., «Resumen de la modificación de la Ley de Arbitraje de 2003» en www.prol-asociados.com, Madrid/5/2011.

ma. Ya que, según sus apreciaciones, «el prelegislador no se percata de que detrás de esa concreta patología, existe otra realidad mucho mayor, que no llega a los tribunales, consistente en una práctica ordinaria y eficiente del arbitraje como método alternativo de resolución de disputas, y que sin duda se verá afectada de manera negativa, sobre todo a nivel internacional, si el proyecto de ley prospera en su redacción actual»[6].

En el momento actual resulta prematuro cualquier juicio concluyente sobre las virtualidades de la Reforma. La aplicación de las normas reformadoras dará la medida en el futuro de los aciertos o desaciertos y, en definitiva de la eficacia jurídica de esa legislación reformadora.

El convenio arbitral representa un elemento nuclear y constitutivo de la institución arbitral. Puede afirmarse, que el convenio arbitral es requisito indispensable del arbitraje porque se halla en la propia génesis, desarrollo histórico y fundamento. Del convenio no siempre nace un arbitraje. Se ha puesto de relieve que pueden no surgir cuestiones litigiosas o éstas se resuelvan de distinta manera, por transacción, renuncia... o cualquiera de los medios que actualmente se conocen con las siglas ADR, en el sentido de Amicable Dispute Resolution, las modalidades de intervención de tercero que ayuda a las partes a alcanzar una solución distinta de la que pondría fin a un procedimiento litigioso, judicial o arbitral: la conciliación, la mediación y los buenos oficios.

Recuerda el profesor Olivencia que la solución amigable, que tiene en la tradición jurídica española el antecedente clásico del «amigable componedor», se dirige a evitar los litigio, esto es, a poner fin a las diferencias surgidas entre las partes sin necesidad de recurrir a un procedimiento, judicial o arbitral, que concluya con una resolución, sentencia o laudo. Asimismo indica Olivencia, para enfatizar la importancia del convenio que si no todo convenio arbitral nace de un arbitraje, sí puede afirmarse que en el origen de todo arbitraje está un convenio arbitral, salvo en el caso del «arbitraje testamentario»[7].

El convenio arbitral constituye el presupuesto necesario del arbitraje. Consiste, según la autorizada opinión de Olivencia en «un acuerdo entre partes que están o prevén que puedan estar en desacuerdo, y que, sin embargo, están conformes en la manera de resolver sus encontradas pretensiones en cuanto a la tutela jurídica. A ese acuerdo, expresión de la voluntad de las partes de instituir el arbitraje y someterse a la decisión del árbitro o árbitros, pueden seguir otros,

---

6. Claros Alegría, P. «La Reforma de la Ley de Arbitraje: un paso atrás», en *Cinco Días,* 3/1/2011.

7. Olivencia, M., «El convenio arbitral: naturaleza, forma y contenido», en sus *Escritos Jurídicos,* Fundación El Monte, Sevilla, 2005, vol.1, p.403.

no simultáneos, sino separados en el tiempo; pero el núcleo esencial radica en el convenio»[8].

La Reforma, al abordar el convenio incide, por tanto, en un componente fundamental del arbitraje. El artículo 2 de la Ley 11/2011 establece una nueva redacción del apartado 1 del artículo 11 de la Ley 60/2003. En su versión originaria, dicho artículo postulaba que: «El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria». En su nueva redacción el texto de dicho artículo se formula en los siguientes términos: «1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda en las pretensiones que se tramiten por el procedimiento del juicio ordinario, o en los diez primeros días posteriores a la citación para vista, para las que se tramiten por el procedimiento del juicio verbal».

Se puede advertir en este cambio que el legislador, en aras de la seguridad jurídica ha establecido unos plazos dentro de los cuales se puede presentar la declinatoria, a los efectos de que la misma no pueda interrumpir, una vez estas hubieran comenzado, las actuaciones procesales sobre un asunto en el que previamente hubiera mediado un arbitraje, de este modo se exige a la parte interesada la diligencia oportuna para ejercitar su facultad declinatoria.

No obstante, el aspecto más relevante en lo que atañe al convenio, tal como se desprende de la nueva regulación del arbitraje llevada a cabo por la Reforma, es el que determina la *imposición* del arbitraje. Se trata de una regulación que afecta al propio núcleo esencial de la institución, puesto que supone admitir la posibilidad de un arbitraje «sin convenio».

En efecto, según prescriben los dos primeros apartados de la Disposición adicional única de la Ley 11/2011, se impondrá el arbitraje en relación con las controversias jurídicas que tengan como parte a la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

---

8. Ibíd., p. 404. El carácter esencialmente voluntario del arbitraje no ha sido óbice en la evolución histórica del Derecho español hayan existido supuestos de arbitraje obligatorio. Sobre dichos supuestos *vid.*, Merchan, A., «El arbitraje forzoso. (Un interesante pasado sin apenas presente de la institución arbitral)» en *Annaeus*, 2004, vol. I, pp. 225 ss. En dicho trabajo se indica que en el ordenamiento jurídico español actual, la admisión de un arbitraje forzoso podría implicar inconstitucionalidad, p. 238.

En el apartado primero de dicha Disposición se establece que: «Las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los organismos públicos regulados en el título III y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social u otras entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente, o entre dos o más de estos Entes, se resolverán por el procedimiento previsto en este precepto, sin que pueda acudirse a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias». Asimismo se añade en ese mismo precepto que: «Este procedimiento será, asimismo, aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias».

La autonomía de la voluntad es un elemento esencial y constitutivo del convenio arbitral. Al imponerse la sumisión al arbitrio se desconoce y transgrede esa condición fundamental y básica del arbitraje. De ahí, que la nueva regulación del arbitraje establecida por la Reforma este llamada a suscitar perplejidades y críticas doctrinales, porque supone una afectación directa a la propia naturaleza jurídica del arbitraje. El hecho de que la imposición se refiera a personas jurídicas de carácter público, no es óbice para que se planteen estas críticas y reservas. Ya que, sea cual sea la naturaleza de las personas jurídicas que intervienen en un procedimiento arbitral, lo que importa y lo que determina la propia substancia del arbitraje es que las mismas *convengan,* es decir, pacten a través de un convenio libremente aceptado en dirimir sus conflictos a través de su sumisión al arbitraje. Esto es algo que resulta flagrantemente vulnerado en la Disposición aquí comentada.

En el apartado segundo de la Disposición de referencia se precisa el significado de lo que va a entenderse por controversias jurídicas relevantes, en los siguientes términos: «A los efectos de esta disposición, se entenderán por controversias jurídicas relevantes aquellas que, con independencia de su cuantía generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300.000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público».

Como se infiere de la lectura de este texto el legislador incurre en una evidente tautología. Su pretensión de aclarar lo que se entiende por «controversias jurídicas relevantes», termina por consistir en aquello que, «a juicio de una de las

partes, sea de esencial relevancia para el interés público». En definitiva: lo relevante es lo relevante.

Bibliografía

Claros Alegría, P. «La Reforma de la Ley de Arbitraje: un paso atrás», en *Cinco Días,* 3/1/2011.

Fuller, L.L., *La moral del Derecho*, trad. cast. de F. Navarro, Trillas, México, 1967.

Merchan, A., «El arbitraje forzoso. (Un interesante pasado sin apenas presente de la institución arbitral)» en *Annaeus*, 2004, vol. I.

Olivencia, M., «El convenio arbitral: naturaleza, forma y contenido», en sus *Escritos Jurídicos,* Fundación El Monte, Sevilla, 2005, vol.1.

Pérez Luño, A. E. *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona,2ª ed.1994.

Perez-Luño Robledo, E. C., *La reforma del arbitraje de 2011: presupuestos, antecedentes y alcance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Prol, F. G., «Resumende la modificación de la Ley de Arbitraje de 2003» en www.prol-asociados.com, Madrid/5/2011.

20 | Una breve aproximación a la regulación sobre el acceso a las fuentes de prueba en el marco de un procedimiento de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia

Mercedes de Prada Rodríguez
Profª. Titular Acreditada de Derecho Procesal
CU Villanueva (UCM) y EPJ (UCM)

Fernando Díez Estella
Prof. Titular Acreditado de Derecho Mercantil
CU Villanueva (UCM)

RESUMEN: El Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen varias directivas de la Unión Europea, incorpora en la LEC un nuevo procedimiento regulador sobre la obtención de fuentes de prueba en el marco de los procesos de reclamación de daños derivados de ilícitos *antitrust*. La nueva Sección 1. ª bis «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia» es una importante novedad en nuestro ordenamiento que ofrece mecanismos procesales flexibles configurando un procedimiento que cuenta con las garantías del control discrecional y la aplicación del criterio de proporcionalidad de los Tribunales.

ABSTRACT: Royal Decree-Law 9/2017, of 26 May, which transposes European Union directives, incorporates into the Spanish Civil Procedural Law a new proceeding in order to obtain sources of evidence within the framework *antitrust* damages claims. The new Section 1.ª bis «Access to sources of evidence in *antitrust* damages claims» constitutes an important development of our system. This novelty offers flexible procedural mechanisms that guarantee a discretionary control and the application of the criterion of proportionality of the Courts.

PALABRAS CLAVE: acciones de daños por infracción de normas de competencia, acceso a fuentes de prueba, acciones colectivas, transposición de la Directiva.

KEYS: antitrust damages claims, access to sources of evidence, class actions, Directive, implementation.

SUMARIO: I. Introducción. II. El acceso a los medios de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia: 2.1. Escenario procesal antes de la reforma. 2.2. Un breve apunte de la nueva Sección 1.ª bis «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia». III. A modo de conclusión.

I. Introducción

El Derecho de Defensa de la Competencia está experimentando una importante transformación, derivada de la aprobación de la Directiva 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, y —en lo que nuestro derecho interno respecta— su transposición a través del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo. Esta Directiva —que vino acompañada de una serie de documentos de *soft law* relativos a las acciones colectivas— pretende armonizar y mejorar la regulación en los diferentes Estados miembros de la UE de las acciones civiles que contemplan el resarcimiento patrimonial de quien se ha visto perjudicado por un ilícito anticompetitivo. No puede ignorarse la trascendencia histórica de estas reformas legales, que están reconfigurando por completo una normativa, no en cuanto a su naturaleza jurídica, que sigue siendo eminentemente pública, articulada a través de legislación propia del Derecho Administrativo, y aplicada por organismos públicos y con la tramitación propia de todo derecho administrativo sancionador, pero sí en cuanto a las consecuencias civiles que se derivan de un ilícito *antitrust*: la posibilidad de reclamar, ante la jurisdicción ordinaria, los daños y perjuicios patrimoniales que resulten de la conducta anticompetitiva. Esta posibilidad existía en términos teóricos y genéricos desde el Tratado de Roma de 1957, o en España desde la Ley 16/1989, de 4 de julio, de Defensa de la Competencia, pero su virtualidad real no se ha desplegado hasta este movimiento de *private enforcement* y la Directiva de Daños. En efecto, ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage & Crehan*, del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hoy TJUE) que la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos era un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo. Este principio de la «plena compensación», en consonancia con la resolución de 26 de marzo de 2009 del Parlamento Europeo y los primeros pronunciamientos que entonces dictó el TJCE, se consagra a partir de ahora como uno de los pilares de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE. Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi* desarrollaría aún más este principio, estableciendo

que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta *antitrust*. Entre tanto, la Comisión hacía sus propios esfuerzos legislativos, que se plasmaron en: la publicación de un *Libro Verde,* en 2005; y tras recibir toda suerte de observaciones y comentarios, encargar a una serie de operadores económicos y jurídicos la elaboración de elaborados informes sobre la cuestión, y la discusión sobre documentos de trabajo, un *Libro Blanco*, en 2009, con propuestas de diversa índole orientadas a garantizar el acceso a mecanismos efectivos de resarcimiento patrimonial y que el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust* no se viera obstaculizado por las normativas nacionales de carácter sustantivo o procedimental. Efectivamente, en nuestro ordenamiento jurídico —y lo mismo en el resto de Estados miembros de la UE— existían cauces procesales para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula. En el modelo actual, ambos sistemas están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro, ya que además cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio —*deterrence*— a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva. Pensamos que este «equilibrio» es el que permitirá superar las objeciones y las críticas que se han puesto de manifiesto por la doctrina más autorizada.

II. El acceso a los medios de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia

En el ámbito del proceso civil, queremos centrar nuestra atención en uno de los puntos más novedosos de la reforma: el acceso a los medios de prueba, verdadera «piedra angular» para el éxito de la reclamación patrimonial.

2.1. Escenario procesal antes de la reforma

En los procesos sobre acciones de reclamación de daños causados por prácticas restrictivas de la competencia, la Exposición de Motivos Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo señala que «*la experiencia acumulada en los últimos años refleja que son muchos los obstáculos que existen en el acceso a las pruebas*». Y ello, porque las infracciones de las reglas de la competencia suelen ser el resultado de actuaciones ubicadas en espacios físicos y en momentos temporales lejanos a las relaciones jurídicas que causaron el daño y que, con carácter general, se realizan de forma encubierta y clandestina. El éxito de la recla-

mación patrimonial ante la jurisdicción dependerá, en gran medida, de lo «demostrado» y acreditado que esté el daño económico sufrido como consecuencia de la conducta anticompetitiva; y esto sólo se podrá conseguir y argumentar adecuadamente si se acceden a los medios de prueba pertinentes. Ante el escenario descrito, es evidente que era preciso mejorar los mecanismos procesales de acceso a las fuentes de prueba y a la investigación, en cumplimiento de la premisa comunitaria de que el derecho a la prueba supone que los Estados miembros han de garantizar, a cualquier víctima de una infracción del Derecho de la competencia comunitario, el derecho a ser indemnizado en términos de efectividad y equivalencia.

No hay duda que los procesos sobre acciones de reclamación de daños causados por prácticas restrictivas de la competencia requieren un «*complejo análisis fáctico y económico, y una laboriosa y extenuante actividad probatoria*». Dificultades que hay que cohonestar con el principio general de nuestro ordenamiento que determina que recae sobre el actor la carga de probar los hechos sobre los que basa su acción (artículo 217 LEC). La aplicación de las reglas de la carga de la prueba recogidas en la LEC implican, en el seno de estos procesos, que el actor debe probar: i) la existencia de un ilícito, esto es: la infracción del Derecho de la competencia; ii) la existencia de un daño, incluyendo el daño emergente o el lucro cesante; y iii) la relación de causalidad entre el ilícito cometido y el daño reclamado; hechos que suponen una gran complejidad probatoria porque la evolución de relación contractual puede obedecer a infinitas variables que pueden, y así ocurre en muchas ocasiones, no estar relacionadas directamente con la conducta investigada. Estos procesos se integran en un contexto de «litigación compleja» y presentan singulares dificultades en el terreno de la determinación de los hechos y también en el de la coordinación con procedimientos administrativos y/o judiciales conexos. El problema que se plantea es que el actor, víctima de una infracción de las normas de defensa de la competencia, puede encontrarse con serias dificultades a la hora de acreditar su existencia y el daño que ello le habría ocasionado porque los elementos de prueba necesarios para comprobar la solidez de una pretensión de resarcimiento, generalmente, no se encuentran en su poder, sino en el de la parte infractora y/o terceros, datos que no le son conocidos ni accesibles.

Situados en este contexto y hasta la transposición de la Directiva, los mecanismos procesales para preparar la acción de reclamación de daños derivados de prácticas restrictivas se reducían a tres preceptos: i) en primer lugar, a las disposiciones generales de obtención de pruebas del art. 328 LEC, en relación al deber de exhibición documental entre las partes; ii) en segundo término, al art. 330.1 LEC, respecto a la exhibición de documentos por terceros o personas que no sean parte en el procedimiento judicial en el que se solicite la exhibición de documentos y cuyo conocimiento entienda el Tribunal que resulte trascenden-

te a los fines de dictar sentencia; y, iii) por último, al art. 732.II LEC, para obtener informes o investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarios y útiles para resolver sobre la solicitud de medidas cautelares. En ningún caso, el actor podría acudir al listado del art. 256 LEC y solicitar diligencias preliminares para obtener datos e información relevante al no incardinarse esta materia en el elenco de categorías específicas de la Ley.

Sin otras opciones y con las evidentes dificultades de acceder a los medios y fuentes de prueba imprescindibles para poder demandar con éxito, nos encontramos, como señala el legislador, ante «la imposibilidad de cumplir y hacer efectiva la tutela judicial efectiva las normas sustantivas aun existiendo un derecho sancionador exclusivo en esta materia».

2.2. Un breve apunte de la nueva Sección 1.ª bis «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción de las normas de competencia»

A fin de intentar resolver esta asimetría de información (tal como es descrita en el Considerando 15 de la Directiva), se ha establecido una regulación específica con «mecanismos procesales efectivos» para posibilitar la reclamación de daños y perjuicios provocados como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia. Estos mecanismos quedan configurados en dos categorías: a) medidas que ayuden a la determinación de la certeza de aquellos hechos relevantes para la estimación de la demanda; y b) medidas que faciliten el acceso a fuentes de prueba necesarias para sostener la pretensión y que se hallen en poder de la parte contraria o de terceros.

En primer lugar y, como acertadamente señala el profesor Gascón Inchausti, respecto al primer ámbito se establecen tres tipos de medidas que se incorporan a la Ley de Defensa de la Competencia: «i) algunas normas incluyen presunciones legales, en beneficio del litigante que se enfrenta a una prueba que, a priori, cabría calificar como difícil: v.g., la *presunción iuris tantum* de que las infracciones de cárteles causan perjuicios (art. 17.2 de la Directiva, art. 76.3 LDC) o la presunción favorable al comprador indirecto de que se le ha repercutido el sobrecoste (art. 14.2 de la Directiva art. 79.2 LDC); ii) también se han introducido una serie de previsiones destinadas a facilitar la prueba de la cuantía de los daños padecidos, permitiendo que se usen estimaciones (art. 17.1 de la Directiva art. 76.2 LDC) y abriendo las puertas a un cierto asesoramiento al Tribunal por parte de la autoridad de competencia, que puede recabarse de oficio (art. 17.3 de la Directiva), art. 76.4 LDC; iii) finalmente, también contribuyen a este fin las reglas incorporadas en el nuevo artículo 75 LDC, que establecen la fuerza vinculante de los pronunciamientos emitidos en contextos de

public enforcement por las autoridades de la competencia y por los Tribunales ante los que se impugnen sus decisiones: en supuestos internos, esta eficacia vinculante libera al actor de la carga probatoria respecto de aquello que, sin duda, puede resultarle más difícil de acreditar por la lejanía o la dificultad de acceso a las fuentes de prueba: la existencia de infracción que opera como título de base para la imputación de responsabilidad al demandado (art. 9.1 de la Directiva, art. 75.1 LDC); respecto de decisiones o sentencias dictadas en otros Estados miembros, la presunción establecida en el art. 75.2 LDC coadyuva también al mismo fin —aunque no haya vinculación en sentido propio—».

En segundo lugar y respecto al acceso a las fuentes de prueba, el Real Decreto introduce, en el art. 7º, una nueva Sección 1ª *bis: «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia» al capítulo V «De la prueba: disposiciones generales», del* Título I «De las disposiciones comunes a los procesos declarativos», del Libro II «De los procesos declarativos».

A través de esta nueva regulación, se permite que los justiciables en el campo del Derecho de la competencia tengan conocimiento de los elementos que les servirán para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba; ahora bien y, precisamente por ello, el acceso a fuentes de prueba no exime al litigante de la carga de proponer en tiempo y forma la práctica del medio probatorio pertinente.

A continuación, haremos una breve y sucinta exposición de los aspectos más relevantes del nuevo art. 283 bis de la LEC:

— El Tribunal puede ordenar la exhibición de pruebas relevantes del demandado, de un tercero o del demandante. La solicitud deberá cumplir los requisitos de proporcionalidad y motivación razonada para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones por daños.
— En cuanto a la confidencialidad, el Tribunal puede adoptar, entre otras, las siguientes medidas: disociar pasajes sensibles en documentos o en otros soportes; realizar audiencias a puerta cerrada o restringir el acceso a las mismas; limitar las personas a las que se permite examinar las pruebas; encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial; redactar una versión no confidencial de una resolución judicial en la que se hayan suprimido pasajes que contengan datos confidenciales; y limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a obligación de confidencialidad. Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba son importantes: puede

conllevar la desestimación de las excepciones planteadas a la demanda o de posibles reconvenciones, la declaración de responsable civil de los daños y perjuicios causados, determinándose los mismos a través del procedimiento regulado en los arts. 712 y ss. de la LEC, la condena en costas del incidente de acceso e, incluso, en caso de incumplimiento grave según el Tribunal, la imposición de multas de hasta 1.000.000 de euros tanto al incumplidor como a sus abogados.

— En cuanto al procedimiento: estas medidas podrán solicitarse antes de la incoación del proceso, en la demanda, o durante el desarrollo del proceso. Se dará traslado de la solicitud y se convocará a las partes a una vista oral. Acordada la medida, para su ejecución, que requerirá con carácter previo la prestación de caución (art. 283 bis c). El Tribunal puede emplear los medios necesarios para la ejecución de la orden de exhibición, incluyendo la entrada y registro.
— Se indican las consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de exhibición, moduladas por el principio de proporcionalidad, así como de la no interposición de la demanda. Además de la responsabilidad penal en la que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial, se incluyen multas de hasta 60.000 euros/ día de retraso en el cumplimiento de las medidas e, incluso, la posibilidad de que al demandado se le tenga por allanado a la demanda o por desistido en una reconvención.
— Se regula al acceso a fuentes de prueba que se encuentren en poder de las administraciones públicas y entidades de derecho público, delimitando los límites al uso de la prueba obtenida por esta vía. Respecto al acceso al expediente de una autoridad de competencia hay que hacer referencia a las llamadas lista gris y la lista negra: - Lista gris o categorías de pruebas que sólo se exhibirán cuando se dé por concluido su procedimiento: documentos que sólo puedes aportar cuando concluya el procedimiento administrativo, y que son la documentación preparada por cualquiera de las partes para ese procedimiento, la documentación preparada por la autoridad para ese procedimiento y las propuestas de transacción retiradas. - Lista negra o categorías de pruebas que quedan excluidas de la exhibición de pruebas: no se puede pedir nada que tenga que ver con una declaración de clemencia y tampoco la exhibición de ninguna propuesta de acuerdo transaccional no retirada.

III. A modo de conclusión

La aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia, buscando fines distintos (*disuasión* y *resarcimiento patrimonial*, respectivamente) están llamadas a complementarse. Así ha quedado consagrado en el espíritu y el texto, tanto de la Directiva 2014/104/CE, como del RD Ley 9/2017 que la incorpora a

nuestro derecho interno. La doctrina ha sido muy crítica con la transposición de la Directiva 2014/104/CE, y al hilo de cárteles recientes como, por ejemplo, el de los sobres de papel y las acciones de daños que de él se han derivado, se ha calificado este momento histórico como una «ocasión perdida». Estamos de acuerdo con la reflexión de GASCÓN INCHAUSTI cuando afirma que, aun reconociendo la oportunidad de mejora que supone la incorporación de las medidas de acceso a fuentes de prueba en la LEC, deja también «un sabor agridulce». Y ello, en la medida en que, por primera vez y de modo plausible, el legislador diseña un mecanismo de acceso a las fuentes de prueba cuyo cumplimiento es supervisado por los Tribunales evitando, de este modo, situaciones abusivas. Aunque, sin perjuicio de lo anterior, se considera que se ha desaprovechado una magnífica oportunidad, pues esta nueva regulación podría haber sido infinitamente más útil para reforzar y solventar las cuestiones que generan dudas y problemas en esta materia.

No obstante, coincidimos en que sigue existiendo margen suficiente de mejora por lo que debe ser matizada y considerada como una «oportunidad pérdida» temporalmente. Resulta evidente que, en algún momento, y tras el crecimiento exponencial de la aplicación práctica de esta materia en nuestro país, será necesario complementar y apuntalar las cuestiones más básicas. Sea como fuere, podemos concluir que la reforma de la LEC ofrece de manera efectiva a los operadores jurídicos las herramientas necesarias para el acceso a las fuentes de prueba mediante la articulación de un procedimiento que, hoy por hoy, cuenta con las garantías del control discrecional y la aplicación del criterio de proporcionalidad de los Tribunales.

21 | Requisitos de la vinculación de la resolución prejudicial civil en el proceso civil

Dra. Núria Reynal Querol
Profesora Agregada de Derecho Procesal de la UAB

1. Planteamiento de la cuestión

En los supuestos de prejudicialidad civil en un proceso también civil, uno de los problemas que se plantean alude a la vinculación de la resolución prejudicial en el proceso principal. Una vez terminado con resolución firme el procedimiento prejudicial y reemprendida la tramitación del proceso hasta entonces suspendido, es necesario determinar las consecuencias que aquella resolución puede tener en este último. El juez civil se enfrenta en estos casos a una doble alternativa que puede expresarse en los siguientes términos. Bien apartarse de la resolución prejudicial civil obtenida. Bien no prescindir de dicha resolución en la decisión de la cuestión principal del proceso. De entre las dos soluciones posibles abogamos por la segunda expuesta ya que entendemos que con carácter general la resolución prejudicial vincula al órgano jurisdiccional civil. De lo que se trata es de justificar y delimitar la existencia de esta vinculación. Indudablemente consiste en una materia de muy difícil concreción, a la que tampoco ha ayudado el silencio del legislador sobre este aspecto de la prejudicialidad civil. Basta con leer los artículos de la actual ley procesal civil dedicados a las cuestiones prejudiciales (40 a 43) para comprobar que sólo el 42 hace referencia a la vinculación del tribunal civil a la decisión de la cuestión prejudicial administrativa o laboral por parte del órgano correspondiente. Sin embargo, el precepto que regula las cuestiones prejudiciales civiles (art 43) no alude en ningún momento a las repercusiones que puede ejercer en el proceso principal la resolución prejudicial.

2. Vinculación como cosa juzgada positiva

2.1. Fundamento

Desde nuestro punto de vista, la vinculación del órgano jurisdiccional civil de la cuestión principal a la resolución de la cuestión prejudicial también civil debe conectarse con el concepto de cosa juzgada positiva. Ante el vacío legal del art 43 LEC sobre los efectos vinculatorios de la resolución prejudicial, entendemos que la justificación de los mismos debe fundarse en alguna figura ya existente en el ordenamiento jurídico que le proporcione cobertura legal. Y la mejor institución que podemos encontrar en este sentido es la eficacia de cosa juzgada.

Así, el condicionamiento de un tribunal civil a una resolución igualmente civil sólo puede presentarse en determinadas hipótesis, concretamente cuando puede entrar en juego o hubiese podido entrar la eficacia mencionada. Esto es, el juez civil principal únicamente puede quedar vinculado a una resolución firme que dirime una cuestión prejudicial civil siempre que esta resolución sea susceptible de producir cosa juzgada y los efectos positivos de cosa juzgada de esta resolución afecten a algún elemento del proceso principal.

La razón de supeditar la eficacia de la resolución de una cuestión prejudicial civil al concepto de cosa juzgada se encuentra en la protección del derecho de defensa de las partes del proceso principal. La vinculación de un juez civil a otra resolución civil sin las limitaciones mencionadas podría conducir a ciertos abusos, en tanto en cuanto la parte de un proceso podría verse afectada por la sentencia dictada en otro litigio sin haber podido ser parte en el mismo, lo que vulneraría su derecho de defensa. Circunscribir la vinculación prejudicial civil al ámbito de la cosa juzgada positiva permite asegurar que la vinculación de un tribunal a otra resolución tenga lugar sin dañar las garantías constitucionales de las partes[1].

Al mismo tiempo, no puede olvidarse el carácter facultativo que el legislador ha otorgado a la suspensión del proceso civil por prejudicialidad civil. Es cierto que, en este ámbito, la resolución devolutiva de la cuestión prejudicial requiere la concurrencia de una serie de requisitos, a saber, la solicitud de suspensión a instancia de parte y que la cuestión prejudicial sea relevante para dirimir la cuestión principal. Sin embargo, la presencia de las circunstancias expuestas no siempre conduce a la paralización de las actuaciones civiles ya que no obliga al juez a acordar la devolutividad prejudicial, sino que el art 43 LEC le reconoce la potestad de decidir sobre la oportunidad o no de resolver la cuestión prejudicial aplicando este sistema. Así se desprende de los términos que utiliza

1. *Vid.* sobre esta cuestión Reynal Querol, *La prejudicialidad en el proceso civil*, Barcelona, 2006, p.482.

el precepto cuando establece que el órgano jurisdiccional civil «podrá mediante auto decretar la suspensión». Por consiguiente, aunque concurran todos los requisitos necesarios que hacen posible la aplicación del régimen devolutivo para resolver la cuestión prejudicial civil, es el órgano jurisdiccional quien en último término decide la pertinencia o no de este sistema, tomando en consideración la conveniencia de la suspensión de las actuaciones civiles. De este modo, admitiendo que la paralización procedimental comporta un riesgo para la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas, a la hora de acordarla, el juez debe valorar detenidamente si merece la pena, de acuerdo con las circunstancias del caso, proceder a parar el curso de la tramitación.

Y precisamente, un grupo de supuestos en los cuales la inconveniencia de la suspensión sería más evidente lo integrarían aquellos casos en que la resolución prejudicial dictada en el procedimiento correspondiente no pudiera ejercer en el juez de la cuestión principal ninguna clase de vinculación. Esto es, supuestos en los que no concurren los requisitos de la cosa juzgada positiva[2]. Por lo tanto, no es que la vinculación de lo resuelto en el proceso prejudicial derive de la institución de la prejudicialidad civil, de modo que si se suspende el proceso es porque lo resuelto prejudicialmente vincula al tribunal pues de otra forma no tendría sentido suspender el procedimiento por prejudicialidad. Sino todo lo contrario. El juez civil, al no quedar obligado a suspender el proceso por prejudicialidad, puede evitar suspensiones inútiles de las actuaciones justamente en aquellos supuestos en que no concurren los requisitos necesarios para que el tribunal quede vinculado a la resolución prejudicial.

2.2. Requisitos

La existencia de la cosa juzgada positiva, sin embargo, depende de dos elementos fundamentales, uno objetivo y otro subjetivo. El primero requiere que el objeto del segundo proceso comprenda el objeto del proceso donde se ha producido la cosa juzgada, de forma que éste aparezca como un antecedente lógico de aquél. El segundo de los elementos mencionados es más problemático, ya que consiste en determinar la extensión subjetiva de la eficacia positiva de la cosa juzgada, esto es, en establecer cuáles son los sujetos que pueden verse afectados por la cosa juzgada de una sentencia.

Así pues, a la hora de determinar la posible vinculación de la resolución prejudicial en el proceso principal, es necesario analizar en qué supuestos concurren

2. *Vid.* REYNAL QUEROL, *op.cit.*, pp.295-298, 482.

los requisitos mencionados de la cosa juzgada positiva y establecer cómo se concretan en el ámbito de la prejudicialidad civil.

2.2.1. Requisito objetivo

Desde el punto de vista objetivo, la eficacia de la cosa juzgada positiva exige la identidad parcial entre el objeto del proceso en el que se ha dictado la sentencia que despliega dicha eficacia y el objeto del segundo proceso. Esto es, que el objeto del primer proceso en que ha tenido lugar la sentencia con cosa juzgada constituya un antecedente lógico del segundo.

Si el requisito mencionado lo trasladamos al ámbito de la prejudicialidad civil en un proceso civil, parece evidente la existencia de dicha conexión entre los objetos de ambos procesos, el prejudicial y el principal. En efecto, si nos encontramos ante una cuestión prejudicial civil que puede llegar a suspender el proceso civil principal en el que ha surgido es que se trata de una cuestión prejudicial relevante para dirimir la cuestión principal, es decir, necesaria para decidir esta última. De lo expuesto se infiere claramente la relación lógica necesaria entre los objetos prejudicial y principal para que pueda manifestarse entre ambos la eficacia positiva de la cosa juzgada.

2.2.2. Requisito subjetivo

Desde la perspectiva de los sujetos, la delimitación de la extensión de la eficacia positiva de la cosa juzgada resulta más compleja. Lo demuestra la falta de unanimidad en la doctrina a la hora de concretar los sujetos a los que se puede extender dicha eficacia.

Según una visión restrictiva del alcance subjetivo de la cosa juzgada positiva, dicha eficacia únicamente afecta a las partes del proceso pero no se extiende a terceros que no han litigado en el mismo, salvo si lo establece una disposición legal. Así pues, se trata de una postura que limita la eficacia positiva de la cosa juzgada estrictamente a aquellos supuestos en los que concurren las identidades objetiva y subjetiva previstas en el art 222.4 LEC, esto es, cuando los objetos de ambos procesos coinciden parcialmente y las partes son las mismas o la cosa juzgada se extiende a ellas como consecuencia de alguna norma[3].

---

3. *Vid.* por todos SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentario al art 1252 del Código Civil*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» (Dir. ALBADALEJO), T.XVI, vol.2, Madrid, 1981, pp. 682 i ss.; DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Navarra, 2005, pp. 119 i ss.

En cambio, los autores que mantienen una interpretación más extensiva de la cosa juzgada vienen a defender la extensión de dicha eficacia a todos los sujetos, hayan sido parte o no en el proceso. Así pues, según esta postura, no pueden establecerse excepciones al alcance subjetivo de la cosa juzgada, que opera tanto para las partes como para los terceros. La razón que esgrimen los partidarios de esta interpretación para defender una eficacia tan amplia de la cosa juzgada radica en evitar la inseguridad jurídica que en caso contrario se produciría al poder celebrarse un segundo proceso sobre la misma cuestión ya resuelta en otro litigio anterior[4].

Una tercera posibilidad en la cuestión de la extensión subjetiva de la cosa juzgada sería mantener una postura intermedia entre las dos expuestas. Desde nuestro punto de vista, la eficacia de cosa juzgada puede afectar indiscutiblemente a las partes del proceso en que se ha dictado la sentencia, también a aquellos terceros contemplados en la Ley, y, aunque sólo en determinados supuestos, a otros terceros que no han litigado en el proceso y a los que tampoco la Ley prevé una extensión *ultra partes* de la cosa juzgada[5].

Estos últimos, son supuestos en que entre los temas prejudicial y principal no coinciden todos los sujetos de ambos asuntos, pero sí que los efectos positivos de la cosa juzgada de la resolución prejudicial afectan a uno de los sujetos del proceso principal. Mientras algunos de estos casos están establecidos legalmente como casos de extensión de la cosa juzgada *ultra partes*, otros, como apuntábamos, no, y obviamente son los que pueden generar más controversia.

A pesar de ello, precisamente en algunos de estos supuestos que presentan únicamente una coincidencia parcial de sujetos sin ampliación legal *ultra partes* de la cosa juzgada, nos parece razonable igualmente defender la extensión a los terceros de la eficacia de cosa juzgada de la resolución prejudicial, siempre y cuando concurra la siguiente circunstancia: que el sujeto del proceso principal que no participa en el prejudicial hubiera podido participar en el mismo.

Debe tratarse de una posibilidad de participación efectiva en el proceso, para lo cual deben cumplirse unos requisitos: a) que el tercero hubiera tenido conocimiento del proceso prejudicial; b) que hubiera podido intervenir en él; c) y, en caso de hacerlo, que hubiera podido defenderse adecuadamente.

a) El conocimiento de la existencia del proceso es imprescindible para que el tercero pueda incorporarse en el mismo. Si el tercero demuestra que igno-

---

4. *Vid.* por todos en este sentido NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, Barcelona, 2006., pp.210 y 212.

5. *Vid.* REYNAL QUEROL, *Eficacia de la resolución prejudicial civil en un proceso civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2013*, en «Justicia. Revista de Derecho Procesal», 2015, nº1, pp. 209 y ss.

raba la pendencia de dicho proceso, con la consecuente imposibilidad de intervenir y defenderse en él, la resolución prejudicial dictada no podrá desplegar eficacia de cosa juzgada en el proceso principal en el que el tercero es parte. Ahora bien, si el juez del proceso prejudicial utilizó el mecanismo del art 150.2 LEC y notificó al tercero la existencia del proceso por considerarlo una de las personas que podían verse afectadas por la resolución que en su momento se dictara, el tercero no podrá alegar el desconocimiento del proceso prejudicial[6].

b) Como es sabido, la posibilidad de un tercero de intervenir voluntariamente en un proceso viene reconocida en el art 13 LEC. El precepto admite dicha intervención mientras esté pendiente el procedimiento y sólo exige al tercero que acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En el supuesto que ahora analizamos partimos de la existencia de dos procesos: uno, el principal, en el que el tercero es parte, y otro, el prejudicial, el objeto del cual es antecedente lógico del primero y en el que el tercero no litiga. Aunque el tercero no es cotitular de la relación jurídica debatida en el proceso prejudicial, sí que lo es de otra conexa y dependiente de la misma que puede verse afectada por la sentencia prejudicial recaída en aquél. Por consiguiente, su interés directo y legítimo en el objeto prejudicial es indudable y su posibilidad de incorporarse en el proceso también.

c) Cuestión distinta, y seguramente más problemática, es, una vez admitida la posibilidad de la intervención del tercero en el proceso prejudicial, determinar las opciones que hubiera tenido de defenderse de forma adecuada y conveniente. La extensión de los efectos de cosa juzgada de la resolución prejudicial al tercero que litiga en el proceso principal pero que no lo hizo en el prejudicial, requiere que el tercero, en el caso de haberse incorporado en este último, hubiera podido llevar a cabo una defensa oportuna.

En este punto, adquiere gran importancia la regulación que realiza la LEC de las facultades procesales que se reconocen al interviniente en un procedimiento, con la previsión de una regla general y de una excepción a ella.

La regla general en el tratamiento procesal de la intervención del tercero viene presidida por el principio de la no retroacción de las actuaciones. Ello significa que el que interviene debe aceptar el proceso en el estado en que se encuentre, sin que sea admisible que el mismo retroceda para llevar a cabo actuaciones cuya posibilidad de ejercicio ya ha precluido[7].

---

6. *Vid.* en este sentido GONZALEZ PILLADO, *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Valencia, 2006, p.223.

7. *Vid.* GARNICA MARTÍN, *Artículo 13*, en «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» (Coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU), I, Barcelona, 2000, p.205.

Cuando el tercero puede incorporarse en un momento inicial del proceso, la regla de la no retroacción va a tener una escasa afectación en las posibilidades de defensa del interviniente, puesto que va a gozar de casi todas las oportunidades previstas en el proceso para defender sus intereses. Así, en el supuesto que analizamos, si el tercero tenía conocimiento del proceso prejudicial desde un principio y, por ejemplo, hubiera podido incorporarse en él como demandado después de la demanda, hubiera podido realizar, sin ningún problema, la contestación a la demanda y la proposición y práctica de la prueba. Al no haber pérdida de oportunidades de defensa a causa del momento de incorporación del tercero en el proceso prejudicial, no hubiera habido obstáculo alguno para la extensión de la cosa juzgada de la resolución prejudicial en el proceso principal.

En cambio, cuando el tercero no puede intervenir en el proceso hasta un momento avanzado de su tramitación, sus opciones de defensa se ven claramente limitadas. Es por esta razón que el principio de prohibición de la retroacción no es absoluto sino que el legislador establece una matización del mismo cuando contempla la posibilidad de que el interviniente realice las alegaciones necesarias para su defensa que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso[8].

El contenido y alcance que se dé en estos casos a la posibilidad de realizar alegaciones por parte del interviniente, nos indicará la amplitud y calado de la defensa que hubiera podido realizar, y de ello va a depender el grado de vinculación del tercero a la resolución dictada en el proceso en el que intervino o pudo intervenir tardíamente[9].

---

8. Entre las explicaciones a esta excepción a la regla general pueden destacarse dos.
Por un lado, según Garnica Martín, *op.cit*, p.206, «sin ofrecer al interviniente esa posibilidad de formular alegaciones la utilidad de la intervención sería muy limitada». Además, «si se piensa en las importantes consecuencias que la intervención puede comportar para el interviniente, sería irrazonable que tan siquiera se le permitiera exponer sus razones para intervenir».
Por otro, en opinión de González Pillado, *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, cit., p.179, «el legislador lo que está haciendo es desvincular la regla de la no retracción de las actuaciones y el principio de preclusión de las alegaciones, esto es, que una no conlleve automáticamente la otra y que puedan compaginarse, permitiendo al interviniente, convertido en parte sobrevenida, la realización de alegaciones cuando entre en el proceso una vez haya pasado el trámite o momento procesal para hacerlas, posibilitándole con ello ejercitar plenamente su derecho de defensa». En este sentido, *vid.* también Oromí Vall-Llobera, *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Madrid, 2007, p.74.

9. Cabe recordar que la extensión temporal de la retroacción llega a cualquier oportunidad de alegación anterior a la admisión del tercero en el proceso. La ley prevé una retroacción amplia que permita al interviniente hacer las alegaciones necesarias para su defensa y que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. Por consiguiente, la retroacción puede realizarse a cualquier momento anterior, incluso si es previo a la solicitud de intervención. *Vid.* Ortells Ramos, *Derecho Procesal Civil* (Dir. Ortells Ramos), Navarra, 2018, p.154; Oromí Vall-Llobera, *op.cit.*, p.75.

El núcleo de la cuestión radica en determinar las facultades que tiene reconocidas el tercero cuando obtiene la retroacción de las actuaciones. Esto es, en un supuesto de prejudicialidad civil, las facultades que hubiera tenido el litigante del proceso principal si hubiera participado en la causa prejudicial.

El tenor literal de la ley procesal civil habla de la posibilidad de realizar las alegaciones necesarias para su defensa. Consiguientemente, es indiscutible que el tercero, en el caso de incorporarse con retraso en el proceso prejudicial, hubiera podido introducir aquellas declaraciones que hubiere considerado pertinentes para la protección de su interés[10].

La Ley, sin embargo, no alude a la posibilidad de que las alegaciones introducidas por el tercero se acompañen, también de forma extemporánea, con los medios de prueba correspondientes. Consiguientemente, la oportunidad que hubiera tenido el tercero de realizar en la causa prejudicial las alegaciones necesarias para su defensa correspondientes a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso, no hubieran comprendido la facultad de proponer y practicar prueba[11].

Esto es, las alegaciones extemporáneas que el tercero hubiera podido efectuar en el proceso prejudicial sólo hubieran podido comportar proposición probatoria si todavía no hubiera finalizado el momento procesal oportuno para realizar tal proposición de prueba[12]. Ello puede ocasionar una clara pérdida de oportunidades de ataque y de defensa para el tercero a causa del momento de su posible incorporación al proceso prejudicial.

---

10. Dichas manifestaciones no pueden suponer lógicamente una modificación del objeto del proceso. *Vid.* GONZÁLEZ PILLADO, *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, cit., p. 184; OROMÍ VALL-LLOBERA, *op.loc.cit.*
Además, teniendo en cuenta que el tercero no tiene un conocimiento amplio del contenido del proceso, y ante el silencio de la ley en este punto, parece razonable darle al interviniente un plazo de veinte días para realizar las alegaciones extemporáneas, dado que es el mismo periodo de tiempo que dispone el demandado para contestar a la demanda. En cualquier caso, corresponde al tribunal la decisión sobre la pertinencia y necesidad de la alegación efectuada, después de dar traslado de la misma a las demás partes para que en el plazo de cinco días declaren lo que crean conveniente. Así, *vid.* GARNICA MARTÍN, *Artículo 13*, cit., p. 206; GONZÁLEZ PILLADO, *op.loc.cit.*

11. No existe unanimidad en la doctrina a la hora de determinar si la actividad probatoria queda incluida dentro de las facultades de alegación que el art 13 LEC reconoce de forma retroactiva al tercero interviniente.
Para un grupo de autores, si bien el precepto se refiere sólo a las alegaciones, el tercero también podrá proponer y practicar prueba cuando las alegaciones que realice supongan una aportación de hechos al proceso, ya que otra solución vulneraría el derecho de defensa del interviniente. *Vid.* en este sentido GARNICA MARTÍN, *op.loc.cit.*; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Artículo 13*, en «Proceso Civil Práctco» (Dir. GIMENO SENDRA), I, Madrid, 2002, p. 274; GONZÁLEZ PILLADO, *op. cit.*, p. 180.
En cambio, para otro sector doctrinal, el art 13 LEC no permite la proposición y la práctica de prueba extemporánea, dado que, de admitirse, el criterio general de no retroacción de actuaciones se convertiría en la excepción. *Vid.* OROMÍ VALL-LLOBERA, *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, cit., p. 77; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Intervención adhesiva y cosa juzgada*, en «Revista Aranzadi Doctrinal», 2013, nº10, p. 226.

12. *Vid.* en este sentudo OROMÍ VALL-LLOBERA, *op.cit.*, p. 121.

Las limitaciones en la defensa del tercero repercuten en la extensión de la cosa juzgada positiva de la resolución prejudicial. En este sentido, es razonable afirmar que la cosa juzgada de dicha resolución únicamente puede tener lugar si el tercero hubiera podido realizar un debate con plenitud de oportunidades de alegación y prueba, y en cambio no desplegar dicha eficacia si el tercero no hubiera podido disponer plenamente de estas ocasiones[13].

Los supuestos en los que el tercero hubiera visto limitadas sus facultades de defensa debido al momento de su posible incorporación en la causa prejudicial pueden resumirse en los siguientes.

Primero. Supuesto en que el tercero hubiera podido intervenir en el proceso prejudicial después de la demanda y de la contestación a la demanda pero antes de la audiencia previa. En este caso, no hubiera podido presentar los medios de prueba que acompañan estos escritos, como podrían ser los documentos, dictámenes periciales o soportes informáticos o audiovisuales que fundamentan las alegaciones relativas a las pretensiones del actor o del demandado. En cambio, sí que hubiera podido proponer las pruebas que pueden introducirse en la audiencia previa y practicarlas en el juicio, así como utilizar las diligencias finales si su petición se hubiera ajustado a alguno de los supuestos previstos en el art 435 LEC.

Ante esta pérdida de oportunidades de defensa que el tercero hubiera sufrido en el proceso prejudicial, entendemos que la sentencia dictada en esta causa desplegará eficacia de cosa juzgada positiva en el proceso principal en el que sí litiga el tercero salvo que en este proceso el tercero pueda justificar que dispone, bien de pruebas nuevas, bien de pruebas que hubiera tenido que presentar con la demanda o con la contestación en el proceso prejudicial pero que no lo hubiera podido hacer por preclusión a causa del momento procesal de incorporación en aquél[14].

Segundo. Supuesto en que el tercero no hubiera podido intervenir en el proceso prejudicial hasta después de la audiencia previa. En este caso, no hubiera podido presentar las pruebas correspondientes a los escritos de demanda y contestación ni tampoco proponer en la audiencia previa los medios oportunos. La única actividad probatoria que le hubiera quedado hubiera sido aprovechar alguno de los supuestos previstos como diligencias finales.

---

13. Así ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Intervención adhesiva y cosa juzgada*, cit., p.225.

14. En este sentido se pronuncia ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *op.cit.*, p.226.

Por consiguiente, igual que en el caso anterior, consideramos que la sentencia dictada en el proceso prejudicial tendrá efectos positivos de cosa juzgada en el proceso principal a no ser que en este último el tercero justifique poseer, bien pruebas nuevas, bien pruebas que, pese a disponer de ellas en la causa prejudicial, no hubiera podido presentarlas por haber transcurrido el momento de la demanda, o de la contestación o de la audiencia previa.

3. Conclusiones

La vinculación que la resolución prejudicial civil ejerce en el proceso principal también civil coincide con los efectos positivos de la cosa juzgada.

Desde la perspectiva de los objetos de ambos procesos, el prejudicial y el principal, es indiscutible que el objeto del primero (en el que se ha dictado la sentencia con cosa juzgada) constituye un antecedente lógico del segundo.

Desde el punto de vista de los sujetos, la cosa juzgada positiva de la resolución prejudicial civil desplegará su eficacia en el proceso principal en tres hipótesis. En primer lugar, cuando los sujetos de las causas prejudicial y principal coincidan de forma absoluta. En segundo lugar, cuando uno de los litigantes del proceso principal no haya participado en el prejudicial pero sea uno de los terceros a los que la Ley extiende los efectos de cosa juzgada. Por último, cuando se dé el mismo caso anterior pero siendo el sujeto que no ha intervenido en la causa prejudicial un tercero no comprendido en la extensión legal *ultra partes* de la cosa juzgada.

En este último supuesto, los efectos de cosa juzgada positiva de la resolución prejudicial se encuentran supeditados al cumplimiento de unos determinados requisitos. Esto es, el tercero que no intervino en el proceso prejudicial no podrá discutir en el proceso principal la cuestión resuelta en la resolución prejudicial siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias.

a) Que el tercero tuvo conocimiento de la pendencia del proceso prejudicial.
b) Que el tercero hubiera podido incorporarse en el mismo a través de la figura de la intervención de terceros.
c) Que el tercero hubiera podido defenderse adecuadamente en la causa prejudicial. La concurrencia de esta última circunstancia está estrechamente ligada al momento procesal en el que el tercero hubiera podido realizar su incorporación en esta causa.

Así, si su intervención hubiera podido tener lugar en un momento inicial del proceso prejudicial, el tercero hubiera podido ejercitar todas las facultades procesales (alegaciones y prueba) para defender oportunamente su derecho. En consecuencia, la sentencia prejudicial dictada puede extender su eficacia de cosa juzgada positiva en el proceso principal en el que sí litiga el tercero sin afectar a su derecho de defensa.

En cambio, si la incorporación en la causa prejudicial no hubiera podido tener lugar hasta un momento final de su tramitación, la defensa del tercero sólo hubiera podido consistir en la presentación retroactiva de las alegaciones a las que se refiere el art 13 LEC, sin que, por contra, hubiera podido incluir los actos de prueba correspondientes a dichas manifestaciones. Estas limitaciones en las posibilidades de defensa del tercero en el marco de la causa prejudicial repercuten en la extensión de la cosa juzgada de la resolución dictada en la misma. Una solución respetuosa con el derecho de defensa del tercero que no ha litigado en el proceso prejudicial consiste en descartar la eficacia de cosa juzgada de la sentencia prejudicial en el proceso principal únicamente si en este último procedimiento el tercero acredite que dispone de determinados medios de prueba. Debe tratarse, bien de medios de prueba nuevos que no hubiera podido utilizar en el proceso prejudicial, bien de medios de prueba que no hubiera estado en condiciones de proponer en la causa prejudicial porque en el momento en que hubiera podido incorporarse en la misma ya hubiera precluído la posibilidad de la proposición mencionada.

22 | La protección del arrendatario en situación de especial vulnerabilidad y en riesgo de exclusión social en el juicio de desahucio de vivienda arrendada por falta de pago

Ana M. Rodríguez Tirado
Profesora Titular de Universidad
Área de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz
anamaria.rodriguez@uca.es

1. Análisis de situación del juicio de desahucio de vivienda arrendada por falta de pago

Desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) en 2001 hasta la actualidad, el juicio de desahucio del art. 440.3 LEC ha enlazado reformas desde 2003 hasta 2013 en aras de responder a la realidad social demandada[1]. No cabe duda de que las reformas procesales se hacen necesarias, pero también se vislumbra como imprescindible el análisis previo de que, efectivamente, se ajuste a esa realidad social con la solución óptima de los conflictos de intereses entre arrendador y arrendatario y, en su caso, detectar cuáles son los problemas surgidos en su aplicación para buscar soluciones adecuadas a la demanda social. Ciertamente, la respuesta procesal no se ha ajustado a lo demandado por arrendadores ni tampoco por los arrendatarios, en particular y por volumen de litigios, en procesos arrendaticios de desahucio de vivienda por falta de pago. Y cabe añadir que sigue sin ajustarse a pesar del

1. *Vid.* F. RAMOS MÉNDEZ, «De cómo hacer las reformas procesales (Manual del aprendiz de legislador)», en Justicia, 1988, núm. IV, p. 800, quien a la programación legal en materia procesal y a las consecuencias de legislar «a salto de mata».
En esta línea, *vid.* M.ª C. CALVO SÁNCHEZ, «Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal», en *Justicia*, 1990, núm. I, p. 51.

intento de acortar plazos en pro de la rápida recuperación de la posesión por el arrendador de la vivienda arrendada[2], de modo que pueda volver a colocarla en el mercado del alquiler o destinarla a uso propio. Celeridad y garantías procesales no van necesariamente de la mano e, incluso, pueden ser incompatibles entre sí. No es una cuestión baladí y ha sido ampliamente tratada por la doctrina procesal.

Las reformas de la norma procesal de 2009, 2011 y 2013[3] (en especial, por estas dos últimas) han reforzado las especialidades en la tramitación de procesos de finca arrendada por falta de pago que se ha creado en el seno del juicio verbal un nuevo procedimiento, por el que se protege la recuperación de la posesión de la finca arrendada (rústica o urbana), con independencia de su uso (para vivienda o para otro, no se distingue), en caso de impago de las rentas debidas o cantidades asimiladas. Aunque de los datos estadísticos publicados por el Consejo General del Poder Judicial, la mayoría de los procesos encauzados han sido de desahucio de vivienda[4] arrendada por falta de pago, que es en la que nos centramos.

Se consolida, así, como tutela privilegiada y sumaria la pretensión de desahucio de finca arrendada por falta de pago que, salvo oposición del demandado, persigue la entrega inmediata de la posesión de la finca arrendada o la enervación de la acción o la obtención de un título ejecutivo para proceder al lanzamiento forzoso ante la pasividad del demandado, sin más trámites. Esta estructura se asemeja a la prevista para el proceso monitorio (arts. 812 y ss. LEC) al utilizar la técnica monitoria[5], que se encuadra dentro de los procesos especiales para la protección del crédito.

---

2. *Vid.* V. Ochoa Monzó, «Las medidas de agilización procesal y el juicio monitorio de desahucio», en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global. Liber Amicorum II*, coords. L. Bujosa Vadell y A. Pérez-Cruz Martín, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2013, ISBN 978-84-15690-33-7, pp. 333 y 334.

3. Desde la doctrina civil, se ha cuestionado las reformas en materia de fomento del alquiler. *Vid., v.gr.*, E. López Barba, «Algunas consideraciones en torno a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, y su posible conexión con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios. Análisis crítico y propuestas alternativas* (AA.VV.), Junta de Andalucía, Consejería de Fomento y Vivienda, 2015, ISBN 978-84-8095-572-0, p. 98).

4. Por ejemplo, en el año 2016, del total de decretos dictados en arrendamientos, el 81.93% correspondió a arrendamientos de vivienda. Fuente: a partir de los datos publicados en Estadística Judicial (www.poderjudicial.es) y en Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es), en el tema de «arrendamientos urbanos».

5. «El juicio «monitorio» de desahucio de finca arrendada por falta de pago del art. 440.3 LEC (modificado por Ley 37/2011)», en *Revista Práctica de Tribunales* (La Ley), núms. 96-97/2012, pp. 1 y ss.; «Los procesos de arrendamiento de finca, urbana o rústica, en el ámbito del juicio verbal. Una nueva reforma del juicio de desahucio (Ley 4/2013)», en *Revista Práctica de Tribunales* (La Ley), núm. 104, septiembre-octubre 2013, pp. 62 y ss.
Vid. V. Ochoa Monzó, «Las medidas de agilización procesal y el juicio de desahucio», en *op. cit.*, pp. 336 y ss.
En nuestra línea, aunque con matices, *vid.* J. Bonet («El monitorio por desahucio. La reforma procesal que no cesa», en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global. Liber Amicorum II*, coords. A. Pérez-Cruz Martín y L. Bujosa Vadell, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2013, ISBN 978-84-15690-33-7, p. 304).

Aparte de que se ha engrosado el número de pretensiones que determinan por razón de la materia la procedencia del juicio verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil con la inclusión de la relativa a la protección al arrendador frente a la ocupación ilegal de vivienda[6] —no aplicable al juicio de desahucio de arrendamiento de finca—, no hay norma procesal especial que atienda situaciones de vulnerabilidad en caso de lanzamientos para recuperar la posesión (aunque sí normas administrativas de protección social). Ahora el nuevo art. 150.4 LEC, dentro del capítulo dedicado a los actos de comunicación judicial y referido a la falta de título en la ocupación de una vivienda (art. 250.1.4.II LEC), dispone que «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 por los interesados»[7]. No obstante, no resulta de aplicación a los procesos de desahucio de vivienda arrendada por falta de pago al partirse de la existencia de la apariencia de un título.

El legislador ha querido solventar parte de los efectos de la crisis económica en el impago de hipotecas y en las subsiguientes ejecuciones hipotecarias con la mejora mercado del alquiler, según el legislador pone de relieve en el Preámbulo de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas habituales.

El efecto de la crisis económica, con tasas elevadas de paro y la merma de la masa salarial, ha llevado a que una parte de las familias con viviendas en propiedad, garantizadas con hipoteca, no hayan podido hacer frente al pago de las mismas, quedando sujetas a ejecuciones hipotecarias. Igualmente, ese mismo efecto ha llevado a que se incremente el impago de las rentas de fincas arrendadas urbanas (no hay datos desagregados de las rústicas), en particular, de viviendas[8]. Por ejemplo, en el año 2009, se dictó en procesos en arrendamientos urbanos 30.036, de las cuales el 94,35% tuvieron como causa principal alegada la falta de pago de renta o fianza, correspondiendo, a su vez, el 73,13% del total a arrendamientos de vivienda[9].

---

6. Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, BOE de 12 de junio de 2018 (núm. 142).
Sobre la nueva reforma de la LEC, *vid.* V. Pérez Daudí, J. Sánchez García, «Breves comentarios a la reforma procesal aprobada por las Cortes para paliar el problema de la ocupación ilegal de un bien inmueble», en *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 9221, 2018.

7. Condicionado al consentimiento de los interesados y puedan adoptar las medidas de protección en un plazo de siete días por los servicios públicos (art. 441.1bis LEC).

8. Otra explicación es apuntada por J.L. Gómez Colomer, «Procesos civiles privilegiados», en Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil (AA.VV.), Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 24.ª ed., 2016, ISBN 978-84-9119-982-3, p. 758.

9. Sobre estadística judicial, consúltese el siguiente enlace de la página del Consejo General del Poder Judicial: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/

Las cifras hablan y, aun cuando se adopten medidas en aras de fortalecer el mercado del alquiler[10] en detrimento de la política de la adquisición de vivienda en propiedad, no cabe duda de que el mercado del alquiler también ha sufrido igualmente los efectos de la crisis. Baste traer a colocación los datos de los procesos arrendaticios tramitados por el cauce del juicio verbal (acción de desahucio por falta de pago o expiración del plazo legal o contractual y, desde 2009, se suma la acción de reclamación de cantidades adeudas por falta de pago) con la entrada en vigor de la LEC. Según se desprende, desde el año 2001 se ha incrementado el número de procesos arrendaticios tramitados por el juicio verbal llegando el clímax en el ejercicio 2012 con 73.010, a partir del que se produce altibajos por debajo de los 64.400 asuntos ingresados[11].

La complicación del análisis de los datos estadísticos disponibles en la página web del Consejo General del Poder Judicial y en la del Instituto Nacional de Estadística es la organización en tres bloques diferentes: en materia de arrendamientos urbanos, en juicios verbales arrendaticios y en lanzamientos[12].

No se dispone de una cifra oficial de arrendamientos vigentes, medidos por anualidad, para calcular el porcentaje de litigios en relación el número de fincas arrendadas, ni tampoco es posible cruzar datos con los derivados o iniciados a través de medios alternativos de conflictos como la mediación, la conciliación o el arbitraje. Tampoco del número de juicios de desahucio de vivienda arrendada por falta de pago con situaciones de vulnerabilidad del arrendatario. No deja de ser cierto que, al margen del efecto de la crisis económica en el aumento de litigios entablados en esta materia, el legislador se ha mantenido receptivo a la sensibilidad social manifestada ante los problemas surgidos en la práctica para recuperar la posesión inmediata de una finca, urbana o rústica, cedida en arrendamiento cuando concurre causa de incumplimiento que pue-

---

10. En España, los porcentajes oscilan sobre el 15% frente al 30% de Europa (según el propio Preámbulo de la Ley 4/2013), algo mayor desde 2013 hasta la actualidad, aunque no hay cifras oficiales.

11. Sobre estadística judicial, *vid.* http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/

12. No existe información desagregada en relación con los arrendamientos rústicos, quizá por la menor incidencia sobre el conjunto. Como arrendamientos urbanos, se incluyen todos los procesos arrendaticios que afecten a finca urbana con independencia de cauce procedimental (juicio ordinario o juicio verbal); como juicios verbales arrendaticios, todos aquellos procesos arrendaticios que se encaucen por el juicio verbal (basados en falta de pago de cantidades o rentas adeudadas, expiración del plazo legal o contractual o exclusiva reclamación de cantidades o rentas adeudadas). No hay referencia segregada a los procesos arrendaticios por falta de pago a pesar de que es el porcentaje más elevado de litigios planteados. En cuanto a los lanzamientos, se segregan con respecto al número de las ejecuciones hipotecarias, pero referidos a los arrendamientos urbanos en general, sin que exista información desagregada entre ejecuciones hipotecarias y lanzamientos de arrendamientos urbanos sobre la duración media de los mismos al no ser una información disponible (*vid.* Estadística Judicial disponible en www.poderjudicial.es, se explica la metodología empleada para obtener los datos en arrendamientos urbanos (http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Arrendamientos-Urbanos/).

de llevar aparejada la resolución de la relación arrendaticia (*vid, v.gr.*, arts. 27.2 LAU y 25 LAR[13]) y el desalojo del arrendatario. Pero no es menos cierto que los litigios sobre arrendamientos se mantienen invariables en el tiempo con independencia de la oscilación de las ejecuciones hipotecarias, que alcanzaron su clímax durante la fase más virulenta de la reciente crisis económica de la década de los dos mil, que aún se arrastra en 2018[14].

2. Situaciones de especial vulnerabilidad y riesgo de exclusión social en los procesos de desahucio de vivienda arrendada por falta de pago

Se ha previsto la tramitación de los procesos por desahucio de vivienda por falta de pago a través de un procedimiento rápido por vía del art. 440.3 LEC. Arrendatario y arrendador conciertan las condiciones del uso de la finca y la contraprestación económica dentro del marco legal fijado por la Ley de Arrendamientos Urbanos. También quedan reguladas las causas de incumplimiento que conllevan o pueden conllevar la resolución del contrato, entre ellas, la falta de pago de las rentas y cantidades pactadas.

Es indudable el derecho del arrendador a recuperar la posesión de la finca mediante el ejercicio de la acción de desahucio cuando el arrendatario no paga las rentas, y el posterior lanzamiento del arrendatario, en caso de que voluntariamente no la desaloje. Es más, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil considera que la falta de oposición al requerimiento supone «la prestación de su consentimiento a la resolución del contrato de arrendamiento que le vincula con el arrendador» (art. 440.3 LEC).

Se protege al arrendador para que recupere con celeridad la posesión de la finca arrendada, lo que, en la práctica, no se ajusta a los plazos fijados en la LEC. En cuanto a la protección procesal del arrendatario, las posibilidades de defensa son mínimas y su inactividad no conlleva una declaración de rebeldía, sino la formación de un título ejecutivo de lanzamiento. Aparte de los medios de impugnación (sin efectos suspensivos, arts. 454 bis.1 y 546.2 LEC), puede promover un plenario posterior y sin efecto suspensivo sobre el lanzamiento

---

13. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos.

14. En cuanto a los lanzamientos, se aprecia que el número de lanzamientos provenientes de procesos arrendaticios es mayor que el de las ejecuciones hipotecarias, siendo destacable la continua subida de estas últimas hasta el año 2015, en que se inicia una tendencia a la baja, mientras que, en el caso de los lanzamientos de procesos arrendaticios, alcanza su punto alto (con la serie disponible) en 2013, disminuyendo el número de lanzamientos, aunque aumenta el número de juicios verbales arrendaticios ingresados (http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/).

resuelto. Si hablamos de situaciones de especial vulnerabilidad con escasos recursos económicos, sin garantía de disposición de vivienda alternativa.

Pero qué derecho le asiste al arrendatario Es posible que el arrendatario no pague, porque no quiera abonar las rentas, pero también es posible que no pueda a causa de una disminución sobrevenida de recursos económicos y también es posible que, junto a la disminución de capacidad económica, el arrendatario y/o los demás moradores de la vivienda arrendada se hallen una situación de especial vulnerabilidad que los coloquen en riesgo de exclusión social[15]. El arrendador tiene derecho a recuperar la posesión y las rentas no percibidas, pero el arrendatario tiene un derecho básico y es el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), debiendo ser respetado su contenido esencial en la regulación legal que lo desarrolle (art. 53.1 CE). Al respecto, se ha contemplado estas situaciones límite en el caso de ejecuciones hipotecarias de vivienda habitual y se ha interpretado la escasez de recursos económicos y la determinación de las situaciones de especial vulnerabilidad. Para el desahucio de vivienda arrendada, no.

También es cierto que el arrendador puede estar en situación de especial vulnerabilidad, dependiendo, además, de las rentas o cantidades pactadas y adeudadas por el arrendatario. Pensemos en el arrendador con hijos menores a cargo o con alguna persona dependiente, por ejemplo, que ha debido cambiar de residencia por motivos laborales, que ha de seguir pagando el préstamo hipotecario de la que hasta ese momento era su vivienda habitual y que la arrienda para poder hacer frente al pago de la hipoteca. Se ha de tener en cuenta que, aun cuando parezca que repunta en las grandes ciudades, «el crédito financiero se ha frenado, lo que dificulta, o casi imposibilita, el acceso a la titularidad de los inmuebles»[16] y, por consiguiente, a la enajenación de los mismos por quien tiene necesidad de venderlos.

Cabe afirmar que la protección del arrendador es o puede ser contrapuesta a la protección el arrendatario, por los diferentes intereses y necesidades en juego. ¿Qué derecho prima y cuál es la protección procesal que se ha dispensar? ¿Qué respuesta da nuestro ordenamiento jurídico? Hay que buscar un equilibrio en la protección de ambos sin dejar de atender a las situaciones de especial vulnerabilidad del arrendatario y de su familia o demás miembros que co-

---

15. *Vid.* A.M.ª Rodríguez Tirado, «Los procesos de desahucio de vivienda arrendada por falta de pago y las situaciones de especial vulnerabilidad. Un acercamiento al análisis geográfico y estadístico del desahucio», en Revista Práctica de Tribunales, ISSN 2254-948X, noviembre-diciembre 2018.

16. E. López Barba, «Algunas consideraciones en torno a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, y su posible conexión con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en op. cit., p. 97.

habiten en la vivienda arrendada con riesgo de exclusión social en garantía del derecho a una vivienda digna y adecuada.

Como umbral de exclusión, el Real Decreto-Ley 6/2012[17], de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (en adelante, RD-L 6/2012) establece las circunstancias cumulativas que han de concurrir para que se considere a un deudor (en ese caso, hipotecario) en el umbral de exclusión, en concreto, en su art. 3. Tiene en cuenta dos elementos: la situación económica, estableciendo los indicadores para medirla, y la circunstancia familiar de especial vulnerabilidad, medida igualmente a través de indicadores.

Los indicadores del art. 3 RD-L 6/2012 no son plenamente aplicables al deudor en un contrato de arrendamiento en cuanto difiere la finalidad de uno y otro tipo de contrato, si bien permite contar con una base para ponderar la falta de recursos económicos sobrevenidos del arrendatario y atender a la situación de especial vulnerabilidad del mismo y de los demás moradores. Es cierto que el legislador de 2012 no da eficacia, por sí sola, a la situación de especial vulnerabilidad si no va acompañada de una situación económica sobrevenida. Como criterios para medir la circunstancia familiar de especial vulnerabilidad, el citado art. 3 incluye como generadoras de la situación de especial vulnerabilidad las siguientes situaciones[18].

El porcentaje más elevado de juicios de desahucio de finca arrendada es el fundamentado en la falta de pago y con uso de vivienda habitual, lo que puede deberse a la carencia de recursos económicos sobrevenidos como principal motivo del impago de rentas y cantidades adeudadas, a lo que cabe añadir situaciones de especial vulnerabilidad, colocando ambos elementos en riesgo de exclusión social al arrendatario y demás cohabitantes. No hay cifras que puedan avalar un posible diagnóstico, sólo se intuye a partir del elevado número de juicios de desahucios incoados durante el periodo central de la crisis económica que ha arrastrado nuestro país desde mediados del año dos mil. A ello, se suma otras consecuencias colaterales que pueden producirse como la afectación del estado de salud[19] del arrendatario y otros cohabitantes desahuciados.

---

17. Convalidado por Resolución de 29 de marzo de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE de 11 de abril de 2012, núm. 87). También la Ley 4/2013, de 4 de junio, incide en estos indicadores.

18. Sobre situaciones de vulnerabilidad, *vid.* P. Carrión García de Parada, «Jornada de la CAE celebrada en Barcelona, en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, el 20 de noviembre de 2015, bajo el título «La protección de las personas vulnerables»», en La protección de las personas vulnerables, Academia Notarial Europea, Jornadas CAE de la UNI, Madrid, Edit. Marcial Pons, 2016, ISBN 978-84-9123-197-4, p. 55).

19. En relación con los procesos de desahucio y con «personas en proceso de desahucio», es decir, *vid.* J. Bolívar et alii («La salud de las personas adultas afectadas por un proceso de desahucio», en Gaceta Sanitaria, vol. 30, núm.1, enero-febrero 2016, p. 3).

Es cierto que el legislador nacional ha adoptado diversas medidas, algunas de carácter procesal, para evitar los riesgos de exclusión social de los más desfavorecidos en situaciones de especial vulnerabilidad en ejecuciones hipotecarias. Sin embargo, en desahucios de vivienda arrendada por falta de pago las medidas se han acordado a través de normas o actos administrativos sin que haya trascendido a la norma procesal civil. A este respecto, existen convenios de colaboración entre ayuntamientos, comunidades autónomas y el Consejo General del Poder Judicial[20], que resultan loables al permitir una comunicación directa entre juzgados y entidades locales para tramitar ayudas y viviendas alternativas en estas situaciones de riesgo de exclusión social. Además, cabe aludir al plan de vivienda estatal y a las normas autonómicas[21] que inciden en la protección social y en la vivienda social. Se aprueba la normativa general en materia de vivienda[22] que, desde las distintas administraciones públicas, se debe aplicar en desarrollo de las políticas de protección social, emanadas de la Unión Europa, en las que se incluye las medidas de fomento de la vivienda social en situaciones de especial vulnerabilidad.

En el marco europeo, el art. 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europa ensalza que, «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales». Igualmente, esta Carta reconoce el derecho a la propiedad en su art. 17, que ha de conjugarse con el del art. 34.3 de la misma Carta. Se ha puesto de relieve, desde la perspectiva del Derecho Internacional Público[23], que el derecho a la

---

20. *Vid.* Convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, la Junta de Andalucía y la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP), 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 desahucios y ejecución hipotecaria, hecho en Sevilla, a 1 de marzo de 2016 (última prórroga publicada, hasta 1 de marzo de 2018) (http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INSTITUCIONALES/CONVENIOS/FICHERO/2016-9%20ANDALUC%C3%8DA%20DESAHUCIOS.pdf) (consulta: 20 abril 2018).

21. A modo de ejemplo de norma autonómica, cabe citar Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía y la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra. La STC 16/2018, de 22 de febrero (ECLI:ES:TC:2018:16) (BOE núm. 72, Sec. TC, 23 marzo 2018) declaró inconstitucionales los apartados 1 y 2 de la Disposición Adicional décima (relativo a la expropiación forzosa del uso de vivienda en caso de ejecuciones hipotecarias).

22. *Vid.* STC 32/2018, de 12 de abril de 2018 (ECLI:ES:TC:2018:32) (BOE núm. 124, de 22 de mayo, Sec. TC), con respecto a recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno frente a Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013, de 1.º de octubre, en relación con el ámbito competencial del Estado y de las comunidades autónomas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

23. *Vid.* sobre personas vulnerables en el Derecho Internacional Público y Europeo, J. Ferrer Lloret, S. Sanz Caballero (edit.), Protección de personas y grupos vulnerables. Especial referencia al Derecho Internacional y Europeo, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, ISBN 978-84-8456-995-4, en particular, pp. 15 y ss., 135 y ss., 163 y ss.

vivienda está integrado en los derechos de la persona. Así, Ruiz Albert entiende que forma parte del *derecho a un adecuado nivel de vida*[24].

Así, el Parlamento Europeo recuerda que «la vivienda social no debe considerarse un coste a recortar, sino una inversión que se amortiza a largo plazo, por medio de un mayor bienestar social y en materia de salud, el acceso al mercado de trabajo y la capacitación de las personas, en especial, de las personas de edad avanzada, para vivir de manera independiente»[25].

Es de destacar, coincidiendo con el análisis de López Barba, la diferente solución que se proporcionó a colectivos especialmente vulnerables según dejaran de pagar, por razones económicos sobrevenidas y con riesgo de exclusión social, las cuotas de la hipoteca de la vivienda habitual en propiedad o dejaran de pagar las rentas de la vivienda habitual en arrendamiento. En el primer caso, con la posibilidad de suspensión del lanzamiento con protección del deudor. En el segundo caso, con la aceleración de plazos para lograr el efectivo desahucio sin atender situación de vulnerabilidad alguna[26] con protección del acreedor.

Se producen dos situaciones distintas en caso de arrendamiento de vivienda habitual: el arrendamiento proveniente de una ejecución hipotecaria y el arrendamiento concertado con el arrendador de acuerdo con el régimen general de la Ley de Arrendamientos urbana. En el primer caso, se trata de una medida de protección para evitar el desalojo del ocupante siempre que cumple con los requisitos previstos en el Real Decreto-Ley 6/2012.

Así, en el caso de que el arrendamiento de vivienda traiga causa de la previa dación en pago de la misma en aplicación del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vi-

---

24. M.A. Ruiz Albert, «Respuestas jurídicas «de lege data» al drama de los desahucios: la garantía del alojamiento alternativo y del «desalojo social»», en en Estudios jurídicos sobre la vivienda y desahucios. Análisis crítico y propuestas alternativas (AA.VV.), Junta de Andalucía, Conserjería de Fomento y Vivienda, 2015, ISBN 978-84-8095-572-0, pp. 166 y ss. *Vid.* el análisis de este autor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ibídem).

25. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la vivienda social en la Unión Europea (2012/2293(INI)), 2016/C 065/04 (Diario Oficial de la Unión Europea de 19 de febrero de 0216, C65, pp. 40 y ss.). en su fomento del papel social y económico de la vivienda social y, por consiguiente, con la atención a situaciones de vulnerabilidad.
Por su parte, el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones –Hacia una agenda europea de la vivienda- (2018/C 164/10) (DOUE C/164, de 8 de mayo de 2018) recuerda que «las autoridades a escala nacional, regional o local con competencias en materia de política de la vivienda deben garantizar la satisfacción del derecho a una vivienda adecuada y asequible» (recomendación política 1).

26. *Vid.* E. Lopez Barba, «Algunas consideraciones en torno a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, y su posible conexión con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en op. cit., p. 99.

vienda habitual, se prevé un régimen especial en cuanto a plazos amplios para que el impago sea considerado a efectos del ejercicio de la acción de desahucio (Disposición Adicional única de RD-L 6/2012).

En marzo de 2018, se aprueba el vigente Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 por el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo (en adelante, RD 106/2018), contando, entre otros objetivos, «facilitar el acceso a la vivienda en régimen de alquiler a sectores de población con dificultades económicas; para ayudar a quienes sean objeto de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual» (art. 1.º), incluidos los arrendamientos.

En el art. 11 RD 106/2018, se establece los requisitos para ser beneficiarios de ayudas directas a los inquilinos para el disfrute de una vivienda en régimen de alquiler a sectores de población con escasos medios económicos sin que se vincule conjuntamente con otras situaciones de especial vulnerabilidad.

En cuanto a la situación de especial vulnerabilidad, parcamente el art. 23.2 RD 106/2018 vincula aquella situación a la falta de recursos económicos, siendo residual la atención a determinadas situaciones para incrementar el IPREM (familias numerosas de categoría especial o personas con determinados tipos de capacidad). Son los servicios sociales los que han de valorar esa especial situación. Es más restrictiva en comparación con los indicadores de deudores en ejecuciones hipotecarias.

Por ello, sería adecuada una medida procesal de protección como es la suspensión de la ejecución del lanzamiento hasta que quede garantizado el derecho una vivienda digna y adecuada del arrendatario, es decir, una vivienda alternativa o ayudas sociales del alquiler, después de analizar que efectivamente se encuentra en situación de especial vulnerabilidad con riesgo de exclusión social.

En esta línea, aunque con poca precisión procesal, el programa de ayuda a las personas en situación de desahucio de su vivienda habitual contempla como momento procesal determinante para la puesta en marcha del programa de ayuda el anuncio de subasta o el requerimiento judicial (art. 19 RD 106/2018), si bien el art. 21 RD 106/2018 alude a que se haya acordado o sea inminente el desahucio de la vivienda habitual de quien no pueda acceder a otra vivienda al encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, que ha de valorar los servicios sociales municipales o autonómicos.

Como propuesta *de lege ferenda*, se debería incorporar en el art. 440.3.VI LEC que, una vez atendido el requerimiento procesal de desalojo por el demandado, analizada la situación de riesgo de exclusión social por los órganos de gestión autonómicos, se suspensa la ejecución del desahucio en tanto la admi-

nistración competente resuelve sobre el realojo o las ayudas sociales a la vivienda hacia el arrendatario[27].

A nuestro juicio, la previsión del compromiso de condonación de todo o en parte de la deuda por el arrendador resulta insuficiente si el arrendatario en riesgo de exclusión social no dispone de vivienda alternativa para el realojo, salvo que medie acuerdo entre las partes a la espera de que el órgano de gestión de la administración correspondiente resuelva sobre la asignación de vivienda del fondo social local (art. 22.3 RD 106/2018). En tal caso, sería de aplicación el art. 19.4 LEC que prevé la suspensión del proceso durante un plazo no superior a sesenta días para llegar a una mediación (transacción, arbitraje, desistimiento, allanamiento o renuncia) a petición de las partes.

El demandado tiene la carga de alegar la situación de especial vulnerabilidad vinculada a la escasez sobrevenida de recursos económicos para que el órgano judicial pueda detectarla. La única posibilidad sería plantear oposición. El art. 440.3 LEC no permite otra vía. Además, sería deseable la modificación del art. 444.1 LEC parar probar dicha situación a fin de que se derive a los servicios sociales correspondientes por el órgano judicial en caso de que existen elementos de que concurre dicha situación protegida por el programa de ayudas a las personas en situación de desahucio.

El art. 661 en relación con el art. 675.1 LEC regula la existencia de personas, distintas del ejecutado, que ocupen un inmueble embargado, en fase de subasta (dentro de la ejecución dineraria). En tal caso, se les notifica la existencia de la ejecución para que presenten ante el juzgado o tribunal los títulos que justifiquen la situación de ocupación (art. 661.1 LEC). También se prevé que el ejecutante pida al tribunal la declaración de que el ocupante no tiene derecho a permanecer en el inmueble, una vez que el inmueble se haya enajenado en la ejecución (art. 661.2 LEC). El tribunal hará dicha declaración, mediante auto no recurrible, «cuando el ocupante u ocupantes puedan considerarse de mero hecho o sin título suficiente». En otro caso, declarará, igualmente por auto no recurrible, el derecho a permanecer en el inmueble, sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder al adquirente para desalojar a aquellos ocupantes, por ejemplo, en caso de existencia de un arrendamiento. El art. 661 se ha de completar con el art. 675 LEC y con el art. 1 Ley 4/2013, de modo que, cuando se trate de ejecución hipotecaria de vivienda habitual de personas en situa-

27. La proposición de ley de medidas de fomento del alquiler estable de vivienda 122/000209, Grupo Parlamentario Socialista, desde el punto de vista procesal, poco aporta, puesto que se limita a incorporar un apartado 4 al art. 150 LEC (que sería apartado 5 tras la reciente reforma por Ley 5/2018), de modo que sólo se prevé la comunicación la resolución que fije la fecha para el lanzamiento de «habitantes de primera vivienda» a los servicios sociales competentes. Nada dispone sobre suspensión del lanzamiento (BOCCGG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B, núm. 237-1, 23 de marzo de 2018).

ciones de especial vulnerabilidad, «no procederá el lanzamiento cuando […] se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta». Es decir, se prevé la suspensión de la ejecución. No se hace referencia al lanzamiento de vivienda arrendada tras su declaración en juicio de desahucio, salvo acuerdo de todas las partes personadas en la ejecución (art. 565.1 LEC).

En la ejecución no dineraria, la entrega de un bien inmueble con el lanzamiento de sus ocupantes crea cierta dificultad casar los plazos del art. 704.1 LEC con los previstos en el art. 440.3 y 4 LEC para ejecutar el lanzamiento del arrendatario de la finca arrendada destinada a vivienda habitual[28]. A diferencia de la ejecución hipotecaria, a la que son de aplicación dichos preceptos y en la que se atiende al uso de vivienda habitual y en la que, en una norma foránea, se prevé la suspensión de la ejecución (art. 1.º Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social[29]), en los procesos encauzados por el juicio de desahucio del art. 440.3 LEC nada se dispone: no otorga tratamiento diferente en atención al uso a que esté destinada la finca (vivienda habitual o no) ni a la situación de especial vulnerabilidad de sus ocupantes con riesgo de exclusión social.

Así, se ha debatido sobre la aplicación del plazo del art. 704 LEC en caso del lanzamiento de ocupantes de la vivienda[30] o en caso de que exista un *motivo fundado* en que se habilitan plazos más amplios (art. 704 LEC), al entrar en contradicción con el plazo previsto en el art. 440.3 y 4 LEC[31]. Un sector de la doctrina mantiene una interpretación integradora partiendo de la especialidad del plazo del art. 440.3 LEC[32].

En este sentido, entendemos que el plazo del art. 440.4 LEC, aplicable al juicio de desahucio de finca arrendada por falta de pago, tiene que interpretarse necesariamente en consonancia con el art. 704 LEC como medida de protección del arrendatario de vivienda. Un motivo fundado para la prórroga de un mes, que puede resultar insuficiente según los plazos de los que dispone la administración competente para otorgar la ayuda pública solicitada o la vivien-

---

28. *Vid.* M.ª J. Achón Bruñén, Análisis práctico del juicio de desahucio por falta de pago, op. cit., pp. 211 y ss., quien analiza la difícil conciliación de ambos artículos.

29. Artículo modificado por Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo.

30. El art. 2 del Reglamento (CE) núm. 763/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008, relativo a los censos de población y vivienda, define que se ha de entender por vivienda y por residencia habitual.

31. Sobre la redacción de los arts. 704 y 440.4 LEC, *vid.* F. Adán Doménech, «El juicio verbal de desahucio por falta de pago de la renta y/o cantidad asimilada, con acción acumulada de reclamación de cantidad y juicio verbal de desahucio por expiración del plazo legal», en op. cit., pp. 290 a 292.

32. En otra interpretación, *vid.* C. Fernández Gil, La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada. Soluciones prácticas de la doctrina y jurisprudencia, Madrid, Edit. Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2.ª ed., 2017, ISBN 978-84-309-6366-9, p. 1005.

da social, es que se obtenga como medida de emergencia una vivienda alternativa antes de que se ejecute el desalojo en situaciones de especial vulnerabilidad con riesgo de exclusión social. En tales casos, la norma procesal debería prever un plazo de suspensión de la ejecución hasta que se produzca la efectiva disposición de vivienda temporal, pese a que no se prevé norma especial con respecto a la interposición de recursos ni suspensión de la ejecución en el caso de ejecución de lanzamiento de vivienda habitual en caso de riesgo de exclusión social.

Por su parte, el art. 567 LEC dispone como regla general la no suspensión de la ejecución ante la interposición de recursos ordinarios, salvo la acreditación por el ejecutado de daño de difícil reparación en que podrá solicitar del juez de la ejecución la suspensión de la actuación recurrida, con prestación de caución. El arrendatario podría alegar encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, con o sin riesgo de exclusión social, en caso de arrendamiento de vivienda cuando se interponga recurso frente a la resolución que acuerde el desahucio[33].

Es necesario que, *de lege ferenda*, se distinga el uso de la finca arrendada, de modo que, a efectos de lanzamiento, se conjuguen los plazos con el art. 704.1 LEC, dando oportunidad al arrendatario de que pueda buscar una vivienda alternativa en un plazo razonable o acogerse a políticas sociales de protección en materia de vivienda, conjugando derecho a la vivienda y el derecho del arrendador a recuperar la posesión.

En cualquier caso, frente a la exigüidad de plazos para la tramitación del juicio de desahucio de vivienda arrendada por falta de pago y el posterior lanzamiento, se ha de salvaguardar el derecho a la vivienda digna del art. 47 CE con plazos razonables que permitan a los ocupantes de la finca como vivienda habitual, según situación económica y situación de especial vulnerabilidad en que se encuentre con adaptación de plazos, que los moradores en vías de desahucio de la vivienda arrendada dispongan de un tiempo razonable para recoger sus pertenencias y trasladarse a otra vivienda o a la espera de que se les dote de una en caso de no tener recursos económicos a través de ayudas públicas a la vivienda en situación de riesgo de exclusión social. Ello no supone confundir el derecho a una vivienda digna y adecuada con el derecho a elegir libremente residencia (art. 19 CE) ni con el derecho a la propiedad privada.

---

33. No se admitirá al demandado recurso devolutivo alguna si no manifiesta, al tiempo de interponerlo, que tiene satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas. Ha de acreditarlo por escrito (art. 449.1 LEC). Asimismo, durante la sustanciación del recurso, habrá de abonar las que vayan venciendo o las que deba ir adelantando so pena de ser declarado desierto (art. 449 LEC).

23 | (De)Construcción de la «jurisdicción voluntaria»

Alba Rosell Corbelle
Máster en Derecho
Becaria de Investigación (Fundación Privada Manuel Serra Domínguez)

1. Introducción

Constituye un lugar común en la dogmática procesal poner de manifiesto la contradicción intrínseca que supone la expresión *jurisdicción voluntaria*, totalmente inapropiada para calificar un fenómeno jurídico de gran tradición en nuestro Derecho y en otros ordenamientos continentales, pero cuya naturaleza, fundamento y finalidad ha resultado siempre sumamente debatidos en la doctrina[1]. Como inmediatamente veremos, la denominación *jurisdicción voluntaria* para calificar determinadas actuaciones judiciales que homologan u otorgan fehaciencia al ejercicio de derechos subjetivos efectuados sin contienda tiene su origen en el Derecho Romano, en un texto del jurista clásico Marciano, recogido por Justiniano en el Digesto (D 1.16.2)[2]. Frecuentemente se sostiene que el fragmento transcrito se refiere a la jurisdicción ejercida «*inter volentes*», respecto a promoventes de la actuación que la solicitarían por su propia iniciativa para la satisfacción de un derecho o interés que no resultaría conflictivo. Pero también es posible que el texto haga alusión a la resolución de controversias mediante un procedimiento *per cognitionem* y no *per formulam*, que podría ser conducido conforme al libre criterio del magistrado[3]. Sea como fuere, la expresión jurisdicción voluntaria fue *recepcionada* en el Derecho común, por glosadores y comentaristas, y utilizada en el Derecho continental

1. Véase ALCALÁ ZAMORA, N., «Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria», en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, pp. 117 y sigs.»

2. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La reforma de la jurisdicción voluntaria», ABC 26 de mayo de 2005. Accesible en: http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1010654

3. Cfr. LUCENA, A., http://notin.es/jurisdiccion-voluntaria-desjudicializacion-i/.

contemporáneo (*jurisdiction volontaire* en Francia, *iurisdictione volontaria* en Italia, *freiwilige Gerichgtbarkeit* en Alemania). En nuestro ordenamiento se contrapuso a la jurisdicción contenciosa en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 —Libro III[4]— y tradicionalmente ha comprendido las actuaciones encomendadas a los jueces civiles de distinta naturaleza, para la protección de derechos e intereses privados o mercantiles sobre los que no habría disputa entre partes. Sin un fundamento dogmático claro y elástica relatividad[5], la categoría comprendía variadísimos fenómenos procedimentales regulados de forma dispersa que se agrupaban, por un criterio de mera utilidad práctica, bajo una misma etiqueta jurídica, que ahora el legislador vuelve a emplear en la Ley 15/2015, de 2 de julio, en la que —paradójicamente— se califica como *jurisdicción* un poder oficial que en buena medida se desjudicializa y que se continúa adjetivando con el término *voluntaria,* cuando abiertamente se prevé la posible existencia de contienda en el seno del expediente.

2. Antecedentes históricos

La primera referencia expresa a la jurisdicción voluntaria en las fuentes de Derecho romano, se sitúa en un texto del jurista clásico Marciano del Siglo III, en sus Instituciones, posteriormente incorporado al Digesto en época justinianea (D.1.16.2 pr):

> *«Omnes proconsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem; sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptiones fieri. Apud Legatum vero Proconsulis nemo manumitiere potest, quia non habet»*[6].*«Todos los procónsules, tan pronto como hubieran salido de Roma tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que pueden autorizar emancipaciones, manumisiones y adopciones. Ante el legado del procónsul, no se puede manumitir porque no tiene tal jurisdicción»*[7].

Aunque se discute la autenticidad del fragmento transcrito, que pudo ser interpolado por los glosadores[8], Fernández de Buján considera que efectivamen-

---

4. Véase Fairén Guillén, V., «Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa (el artículo 1817 de la ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual)», Anuario de Derecho Civil, 1991, pp. 941 y ss.

5. Cfr. Gonzélez Granda, P.,«*Quo vadis*, jurisdicción voluntaria? (La reestructuración parcial de la materia en la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria)», Ed. Reus, Madrid, 2015, pp. 9 y 13.

6. Cfr. Fernández de Buján, A., «Jurisdicción voluntaria en Derecho romano», Ed. Reus, Madrid, 1999, p. 18.

7. Liébana Ortiz, JR., «Fundamentos Dogmáticos de la Jurisdicción Voluntaria», Iustel, 2012, Madrid p. 22.

8. Cfr. Fairén Guillën, V., «Jurisdicción <<Voluntaria>>, juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones». *Comunicación a la XVII Reunión de la Associazione Italiana fraglistudio del proceso civile*, Palermo, octubre de 1989, *Boletín de Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1990, 2, pp. 479, nota 9.

te se corresponde con una enseñanza de Marciano incluida en una obra didáctica escrita tras el fallecimiento de Caracalla, destinada a la formación de los funcionarios imperiales, lo que explicaría la contraposición entre la *jurisdicción contenciosa* y *voluntaria*, efectuada con ánimo pedagógico ante la necesidad de aplicación del Derecho romano a todos los habitantes del Imperio, a los que se acababa de extender la ciudadanía[9]. En el fragmento, la calificación como *voluntaria* de la *jurisdicción* no estaría relacionada con la posibilidad de ejercicio o no de la función por el magistrado, que devendría en todo caso necesaria en virtud de la actuación del «*officium*», sino con la libertad de actuación de los solicitantes, «*inter volentes*», cuya solicitud de intervención del procónsul estaría motivada por su propia iniciativa, no para solucionar un conflicto de intereses, sino para obtener la homologación de un acto de carácter negocial, en el cual los promoventes estarían de acuerdo[10]. No obstante, ningún otro texto romano establecería tal distinción y el mismo Fernández de Buján advierte que, para los juristas bizantinos, la calificación como voluntaria de la jurisdicción resultaba incomprensible[11].

Opina el autor citado que la distinción práctica de las actuaciones de *jurisdicción contenciosa* y *voluntaria* fue decantándose con el tiempo y que la última comprendía solicitudes que, en un principio, se correspondían con *legis actiones* de *in iure cessio* y que, más tarde, sustituido el sistema de las *legis actiones* por el proceso formulario y la *cognitio extra ordinem*, se tramitaban a través de la forma del proceso litigioso, sin serlo, como proceso aparente, para que recayera la *addictio* jurisdiccional (*aprobación*) sobre una voluntad negocial[12]. Recordemos que la *addictio* era el resultado de la acción de uno de los *tria verba solemnia* mediante las que la jurisdicción se impartía —*do, dico, addico*— (Macrobio, Saturnalia, 1.16.14). «Addicere est proprie idem dicere et aprobare dicendo» (FESTO)[13].

Según Fernández de Buján existían importantes diferencias entre la jurisdicción contenciosa y voluntaria en Derecho romano, como seguidamente se expone.

1. Por un lado, se distinguía el lugar del juicio. Los actos de jurisdicción contenciosa se celebraban con el tribunal reunido, en el comicio o en el foro, con los consejeros y los lictores. No ocurría lo mismo con los actos de jurisdicción voluntaria, que podían llevarse a cabo fuera del tribunal.

---

9. Op. cit., pp. 18 a 20.

10. Op. cit., pp. 23 a 27.

11. Op. cit., p. 27.

12. Op. cit. pp. 54 a 58.

13. Así lo expone Fernández de Buján, A., op. cit., pp. 48 y 49, nota 161.

2. Por otro lado, existía una diferencia en cuanto al tiempo en el que podían celebrarse dichos actos. Aquellos sobre jurisdicción voluntaria no tenían la obligación de realizarse por el juez en *dies fasti*, a diferencia de los procesos de jurisdicción contenciosa, los cuales debían realizarse de manera preceptiva en tales días.
3. En cuanto a las autoridades encargadas de la función, la jurisdicción contenciosa quedaba reservada, desde las *Leges Licinae*, al pretor, mientras que la voluntaria podía ser dispensada por otros magistrados.

Sea como fuere, se distinguiera o no una jurisdicción contenciosa de una voluntaria en el Derecho romano, expone Víctor Fairén Guillén que «*a la vista de la enorme cantidad de pruebas que nos dejaron los glosadores, los posglosadores y los comentaristas y de su ejecución práctica, seguimos pensando que —aunque el fr. de Marciano no estuviese interpolado, lo que se discute—, las claves actuales de la llamada "urisdicción voluntaria" mejor deben hallarse en aquellas doctrinas*».

Es en la Edad Media, tras la recepción del Derecho romano en Occidente, cuando se acuña en los estudios jurídicos la *jurisdicción voluntaria* como categoría jurídica con sustantividad propia, en la obra de glosadores, posglosadores y comentaristas, así como en el Derecho intermedio. Tal elaboración conceptual se sitúa en el contexto de la búsqueda de mecanismo de protección simplificada de los derechos de las personas y, en especial, de los comerciantes, que comenzaban a conformar una nueva clase social pujante, burguesa, ávida de fórmulas ágiles de tutela de sus intereses. Con los juicios plenarios rápidos, los procedimientos sumarios con predominante función ejecutivo y la ejecutoriedad de ciertos títulos jurídicamente cualificados, la finalidad perseguida era la misma: la huida del *solemnis ordo iudiciarium*, lento y farragoso, que atenazaba el desarrollo de la vida económica de las ciudades[14]. Era una época en la que los notarios, cuyos antecedentes se situaba en los *tabelliones* romanos (a los que no se les atribuía fe pública en Roma, pero cuyos sucesores medievales con el tiempo fueron conquistándola)[15], no podían distinguirse con nitidez ni de los jueces (existía el *iudex chartulario*, al que se delegaba la función de documentación), ni de lo que antes conocíamos como Secretarios Judiciales y ahora Letrados de la Administración de Justicia[16], más antiguamente denominados

14. Véase, al respecto, Gimimeno Sendra, V., «Causas históricas de ineficacia de la justicia», *Revista de Derecho Procesal*, 19989, nº 3, pp. 579 y ss.

15. Véase Vanderbursche, J., «El notariado en Francia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXII, V. 2,

16. Desde el 1 de octubre de 2015 se denomina a los antiguos Secretarios Judiciales Letrados de la Administración de Justicia (LO 7/2015 de 21 de julio por la que se modifica la LO 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial). Además del cambio de denominación también introduce nuevas competencias como la mediación o la tramitación y, en su caso, resolución de procedimientos monitorios.

Escribanos (depositarios de la fe pública en el ámbito de la jurisdicción). En el Derecho romano —explica Rafael Gimeno Gamarra— la *jurisdicción voluntaria* se ejercía en forma de proceso aparente, con finalidad negocial y en la Edad Media se mantuvo la expresión para explicar la función a cargo de los *iudices chartularii*, que expedían documentos en forma de sentencia. «*Esta ficción explica* —asevera el autor mencionado— *que se siguiese usando la denominación para actos que no implicaban el ejercicio de una actividad jurisdiccional*»[17].

Como señala Nicolás González-Cuéllar Serrano, el fenómeno de la aparición de nuevos instrumentos procesales en el Norte de Italia, en el llamado Renacimiento del Siglo XII «*constituyó una temprana manifestación del poder político de la burguesía e influyó en el resto de Europa occidental. Briegbeld, en su obra* Gesichte des Executiv-Processes*, describió con precisión la evolución del fenómeno, surgido de la práctica comercial pero pronto revestido de un armazón jurídico clásico que los glosadores estaban en disposición de proporcionar, tras la difusión en Occidente del Derecho romano de Pandectas en el siglo XI*»[18].

Parece que, para la legitimación en fuentes romanas de los nuevos mecanismos de protección de los intereses burgueses, el hallazgo o la invención del fragmento de Marciano fue sumamente útil. Como Víctor Fairén Guillén expone, se otorgó carta de naturaleza doctrinal a la que, desde entonces, sería llamada con carácter general *jurisdicción voluntaria*, en la ola de aparición y avance de fórmulas de tutela judicial simplificada basadas, en un primer momento, en procesos contenciosos ficticios o aparentes que simulaban respetar las fórmulas clásicas y que fueron evolucionando rápidamente, hasta la consagración de la máxima de la justicia aplicada «*simpliciter et de plano*» de la bula clementina *saepe contigit* de 1306[19].

Siguiendo nuevamente a Nicolás González-Cuéllar Serrano, puede observarse como la apelación a la *jurisdicción voluntaria*, construida sobre un proceso aparente, se encuentra en la raíz de la construcción del Derecho económico burgués. «*El caldo de cultivo de la evolución del documento público, de medio de prueba a título de ejecución, fue el mercado y el interés de los comerciantes por evitar la morosidad* —sostiene el citado autor—. *Con el fin de asegurar una ejecución inmediata, sin necesidad de acudir al proceso declarativo, idearon la fórmula de comparecencia de ambas partes ante el juez, con la confesión por*

---

17. «Ensayo de una Teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», *Anuario de Derecho Civil*, 1953, I, pp. 3 y ss. El autor cita, en apoyo de su postura, a Gómez Orbaneja y Herce Quemada, «Derecho Procesal», Vol. I, 1949, p. 718.

18. «La ejecución judicial de títulos extrajudiciales: la Escritura pública», *Anales de la Academia Matritense de Notariado*, 2011, Tomo 51, p. 126. La cita de Briebgeld es al citado libro, publicado en su segunda edición en Stuttgat en 1845.

19. «Jurisdicción <<voluntaria>, juicios sumarios>…», cit., pp. 484 y ss.

el deudor de una obligación de pago en caso de incumplimiento del contrato que daba lugar a un mandatum de solvendo *(son los* instrumenta confesionata*). Era un proceso aparente, una ficción jurídica, que dio paso a la inclusión de una cláusula que garantizaba la posibilidad de ejecución directa en las cartas (son los* instrumenta guarentigiata*), otorgadas en un acto de jurisdicción voluntaria ante el juez o coram notario*»[20]. Pero los actos que se amparaban en la categoría de la *jurisdicción voluntaria,* revestida de la autoridad del Derecho romano, gracias al fragmento de Marciano reiteradamente aludido, no sólo eran de naturaleza comercial, sino negocial en sentido amplio, basados en los principios de la autodeterminación, libre albedrío y autonomía de la voluntad, que propiciaba el individualismo propio del Renacimiento del Siglo XII, al que antes se ha hecho referencia[21].

También en España se utilizó en el medievo la recién descubierta categoría de la *jurisdicción voluntaria*, por primera vez en las glosas a las Siete Partidas, que recogían actuaciones que los juristas de la época integraron doctrinalmente en tal categoría[22]. Como es sabido, la autoría de este código jurídico se atribuye al rey Alfonso X rey de León y Castilla (1252-1284), proclamado como «El Sabio», si bien al parecer en un primer momento la obra tuvo un carácter doctrinal, hasta que recibió una sanción normativa expresa en el Ordenamiento de Alcalá de 1348[23]. En la glosa escrita por Gregorio López se efectúan varias referencias al concepto de *jurisdicción voluntaria* en la explicación de diversas leyes del citado cuerpo legal[24], incluidas en la Tercera Partida, que integra normas procesales relativas, entre otras cuestiones sobre organización judicial y método de enjuiciamiento, a manumisiones, adopciones y emancipaciones, así como a actos notariales[25]. «*Aquí se comienza la partida tercera, que habla de la justicia, de cómo se ha de hacer ordenadamente en todo lugar por la palabra de juicio y por obra de hecho*» —afirma el indicado texto legal en su frontispicio—.

Ya en la Edad Moderna, en 1484, como consecuencia de la voluntad de compilación y actualización normativa de los Reyes Católicos, se publicaron las Ordenanzas Reales de Castilla, cuyo contenido no se refería prácticamente al

---

20. Op. cit., pp. 126 y 127.

21. Sobre el desarrollo económico, social y filosófico del Renacimiento del Siglo XII puede consultarse, WATSON, P., «Ideas. Historia intelectual de la humanidad», Ed. Crítica, Barcelona, 2008, pp. 508 y ss.

22. Cfr. LIÉBANA ORTIZ, J.R., «Fundamentos …», cit., p. 29.

23. Véase ESCUDEREO LÓPEZ, J.A., «Curso de Historia del Derecho», Madrid, 2012, pp. 444 y sis.

24. FAIRÉN GUILLÉN, «Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa…», cit, pp. 948 y ss.

25. Véase, por ejemplo, «*como devenfazer la carta del aforamineto»;* Ley 91, Título 19, Partida Tercera: «*como devefer fecha la carta del por fijamiento del ome que efte en poder de su padre natural*» y Ley 93, Título 18, Partida Tercera, «*como devenfacer la carta de emancipación*».

proceso. Más adelante, por pragmática de 1567, se publicó la Nueva Recopilación, durante el reinado de Felipe II, obra en la que trabajaron diversos juristas como Lorenzo Galíndez de Carvajal, López de Arrieta o Bartolomé de Atienza, pero que no supuso ningún avance sustancial. En lo referido a *jurisdicción voluntaria* no hubo cambio destacable y se seguían las normas establecidas en las Siete Partidas, que seguían vigentes[26]. Bou y Bassols definía en 1800 la *jurisdicción voluntaria* del siguiente modo: «*Voluntaria jurisdicción es la que administra entre algunos de voluntad, o puro consentimiento de las partes, la qual, solo consiste en acomodar el Juez su autoridad a algunos actos de particulares, que quieren alguna cosa. En este número se cuentan las adopciones, la manumisión del esclavo, la emancipación de los hijos (…) y que no es necesario hacer dichos actos con formalidad de juicio ni el mismo Tribunal, o sentado pro tribunal el Juez, ni aun en el mismo territorio: todo esto parece muy conforme a la naturaleza de ellos*»[27].º

Tampoco hubo un cambio en la comprensión de la *jurisdicción voluntaria* en la Novísima Recopilación, texto que resultaba ya anacrónico en la incipiente Edad Contemporánea que, tras la Revolución Francesa, se aprobó en España, después de la redacción del Código Civil napoleónico[28] y poco antes de los transcendentales cambios políticos y jurídicos a los que conduciría la abdicación borbónica, la invasión francesa y la aprobación de la Constitución de Cádiz y la legislación liberal que, en lo sucesivo, pugnaría por convertirse en hegemónica en los vaivenes del sistema constitucional del Siglo XIX español y en el movimiento codificador, del que seguidamente nos ocupamos.

Llegada la Edad Contemporánea, mediante la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se procuró compilar y ordenar la legislación procesal civil, con base fundamentalmente en las Siete Partidas alfonsinas. En ella se ordenaron los expedientes de *jurisdicción voluntaria*, anteriormente dispersos, en los arts. 1207 a 1415, que estaban encabezados por una parte general —arts. 1207 y 1208— que posteriormente se trasladaron a la LEC de 1881, a los arts. 1811 a 1824[29].

Por su parte, la LEC de 1881 introdujo como novedad respecto a su predecesora la regulación de los *expedientes de jurisdicción voluntaria* sobre negocios de comercio, debido a la supresión de la jurisdicción especial comercial por el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, que —tras la Revolución Gloriosa— había derogado la Ley de 24 de julio de 1830, de Enjuicia-

26. Liébana Ortiz, J.R., «Fundamentos…», cit., pp. 30 a 32.

27. Cit. por Liébana Ortiz, J.R., «Fundamentos…», cit., p. 32.

28. Liébana Ortiz, J.R., «Fundamentos…», cit., p. 32.

29. Liébana Ortiz, J.R., «Fundamentos…», cit., pp. 33 y 34.

miento sobre los Negocios y Causas de Comercio y había suprimido los Tribunales de Comercio[30].

Aunque la regulación en las dos leyes de enjuiciamiento civil decimonónicas en su momento dio un salto cualitativo, pues se regulaba con pretensión sistemática una institución que anteriormente se encontraba regida por disposiciones escasas y dispersas y permitía sortear conflictos de competencias entre Alcaldes y Jueces de Primera Instancia[31], la ideología básica de ambos textos legales «*era indiscutiblemente medieval y se basaba en la obra de los glosadores y comentaristas de las fuentes romanas*»[32].

Más adelante, la LEC aprobada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, por la que actualmente se rige la *jurisdicción contenciosa* en los procesos civiles, no produjo ninguna modificación normativa en materia de *jurisdicción voluntaria*, ya que mantuvo en vigor el Libro Tercero la LEC de1881, así como otros preceptos de dicho texto legal de carácter común o atinentes a la *jurisdicción voluntaria*: arts. 4.1 y 5 y 11 (representación por procurador); 10. 1 y 3 (asistencia letrada); 63.8ª, 9ª, 16ª, 17ª, 18ª, 19ª, 22ª a 27ª (competencia territorial en ciertos expedientes); 460 a 480 (actos de conciliación); y 977 a 1000 (abintestatos). Previamente la Ley 34/1984, de Reforma Urgente de la LEC, había derogado los siguientes preceptos, relativos a la institución que nos ocupa: 461, 462, 470, 982, 983, 985 a 995, 1822, 1919-1942, 2128 a 2130 y 2175 a 2181. La Exposición de Motivos de la LEC afirma: «*La disposición derogatoria se refiere, en primer lugar, a la misma Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con necesarias excepciones temporales a la derogación general, en razón de futuras leyes reguladoras de la materia concursal, de la jurisdicción voluntaria y de la cooperación jurídica internacional en materia civil».* Así pues, la LEC previó la regulación de la *jurisdicción voluntaria* en una ley específica (Disposición final 18ª LEC/2000).

3. Concepto de *jurisdicción voluntaria*

Legalmente la *jurisdicción voluntaria* se definía en el art. 1811 de la LEC de 1881: «*Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un juez sin estar empeñada o promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas*».

30. Liébana Ortiz, J.R., «Fundamentos…», cit, p. 35.

31. Lasso Gaite, J.F., «Crónica de la codificación española. Procedimiento Civil», V.II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1972, pp. 23 y ss.

32. Véase Fairén Guillén, V., «Sobre el paso…», cit., 947 y ss; Liébana Ortiz, JR. «Fundamentos…», cit., p. 37.

La definición quedaba completada con la trascendental norma recogida en el art. 1817 del mismo texto legal, conforme a la cual, *Si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía».*

Del engarce hermenéutico de ambas normas resultaba que se definía como actuaciones de *jurisdicción voluntaria* las dirigidas a la obtención de una resolución judicial prevista por la ley en un asunto no conflictivo. En el expediente de *jurisdicción voluntaria* no se trataría de solucionar una contienda entre partes (art. 1811) y, en caso de surgir el litigio, las actuaciones se encauzaban a través del proceso correspondiente. De la lectura de ambos preceptos resultaba la inclusión en la categoría legal del ejercicio de una función judicial destinada a la satisfacción de derechos privados y mercantiles, ajena al desarrollo de la potestad jurisdiccional que, por definición, constituye un método de resolución de conflictos.

En palabras de José María Manresa y Navarro, «*la nueva Ley, lo propio que la anterior, no ha creído necesario definir lo que ha de entenderse por jurisdicción contenciosa ni por voluntaria, y se ha limitado a determinar los juicios y procedimientos que son propios de aquélla (…) Sin embargo, de la declaración que hace el art. 1811 se infiere el sentido en que usa dichas denominaciones, definiéndolas por tanto a posteriori: definiciones que están de acuerdo con la ciencia*». Añade el célebre comentarista de la LEC que es *jurisdicción voluntaria* «*la que se ejerce por el juez en todos los actos en que, por su naturaleza, por el estado de las cosas o por voluntad de las partes no hay contienda, cuestión o litigio*». Con cita de Voet, el mencionado autor afirma que la *jurisdicción contenciosa* se ejerce por el juez «*inter invitos*», mientras que la *voluntaria* se actúa «*inter volentes*», o lo que es lo mismo, «*a solicitud de una parte a quien interesa la práctica de alguna diligencia judicial, o entre varias personas que, hallándose de acuerdo en sus respectivas pretensiones, buscan el ministerio del juez para imprimirles un sello de autenticidad*». Si la contienda surge —advierte Manresa y Navarro, con cita de Argentreo, — *voluntaria iurisdictio transit in contentiosam interventu iusti adversarii*»[33]. Pero, lamentablemente, la nitidez de la explicación se disipaba, ante la realidad de la normativa.

Así, también dentro del mismo Título Primero del Libro Tercero, dedicado a las disposiciones generales, el art. 1813 de la LEC de 1881 contemplaba la audiencia de otra persona interesada, a solicitud del promovente del expediente o del interesado: «*Si el que promoviere el acto pidiere que se oiga a alguna otra perso-*

33. Manresa y Navarro, J.M. «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento de Enjuiciamiento Civil», Ed. Reus, Madrid, 1928, T. I, págs27 y 28.

na, o lo solicitare el que tenga interés legítimo en él, o el Juez lo estimare conveniente, se otorgará la ausencia, poniendo de manifiesto los autos en la escribanía por un breve término que fijará el Juez según las circunstancias del caso».

Con base en lo establecido en el artículo transcrito, se consideraba que en los expedientes de *jurisdicción voluntaria* podía existir discusión entre los interesados en el asunto, lo que suponía la admisión de una confrontación de voluntades que se decía que no llegaba a suponer un litigio judicial, como si la contienda de baja intensidad mutara su naturaleza contenciosa en una realidad distinta, intermedia entre la paz y el conflicto[34]. Pero si la finalidad de la jurisdicción consiste en conseguir la paz social a través de la satisfacción de las pretensiones ante la existencia de conflicto, la admisión de la confrontación de voluntades en la *jurisdicción voluntaria*, priva a la categoría de un contenido homogéneo que permita considerarla conceptualmente fundada. E idéntica zozobra metodológica se derivaba de la inclusión en el Libro III de la LEC de 1881 y en leyes especiales de expedientes de *jurisdicción voluntaria* en los que la intervención judicial consiste en crear, modificar o extinguir una situación o relación jurídica a instancia de una persona que precisa de la actuación del órgano judicial, porque la ley presupone su oposición al cambio jurídico o porque otra persona se resiste, sin que ello transforme en contencioso el asunto. Son los casos, reconocidos por la jurisprudencia, como de oposición *implícita o latente* (SSTS de 3 de junio de 1950 y 31 de octubre de 1951), o los legalmente residenciados en el ámbito de la *jurisdicción voluntaria* pese a la manifestación de voluntad de un interesado contraria a lo pedido por el promovente, como sucede —por ejemplo— en la norma establecida en el art. 693 CC, sobre protocolización del testamento ológrafo, en virtud del cual «*cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda*»[35]. Se integraban, pues, en la *jurisdicción voluntaria* establecida en la LEC de 1881 asuntos con oposición, ya fuera de baja intensidad, implícita o considerada legalmente irrelevante, que provocaba el solapamiento de la categoría con la *jurisdicción contenciosa* por naturaleza, lo que implicaba que la institución legalmente definida pudiera comprenderse desde una perspectiva formal, pero se resistiera a una identificación ontológica de su contenido.

Actualmente la confusión conceptual se traslada de forma más clara todavía al Derecho positivo. Así resulta de la inclusión en el ámbito de la *jurisdicción vo-*

---

34. González Granda, P., «*¿Quo vadis* Jurisdicción Voluntaria…» Cit., p. 22. Véase también Fernández de Buján, A., «*Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria: Autonomía conceptual y notas caracterizadoras*» en «La Jurisdicción Voluntaria. Una apuesta por la eficacia.» (VVAA), Dykinson S.L., Colegio Notarial de Castilla-La Mancha, Madrid, 2016, p. 29.

35. Véase González Granda, P., op. cit., pp. 22 y 23.

luntaria, en el art. 1.2 de la LJV, de los asuntos en los que no «*exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso*», último inciso —el alusivo al deber de sustanciación de un proceso contencioso— que sería superfluo si la existencia de conflicto impidiera acudir al expediente de *jurisdicción voluntaria*. Asimismo, la inclusión de materia litigiosa en los expedientes resulta de la regla general de no conversión del asunto en proceso contencioso, establecida por el art. 17.3 LJV.

Prescindiendo de adherencias contenciosas heterogéneas, formalmente incluidas en la categoría de *jurisdicción voluntaria*, y centrándonos en los expedientes en los que realmente no se trata de otorgar solución a un conflicto latente, de baja intensidad o legalmente considerado irrelevante, la institución —pese a su denominación— es ajena a la *jurisdicción* entendida como potestad de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* y que, como se ha referido, constituye un método heterocompositivo de resolución definitiva e irrevocable de los conflictos subjetivos y sociales, cuya legitimación democrática se encuentra en la independencia de la magistratura y en su sumisión a la Constitución y la Ley[36], factores a los que se ha propuesto sumar el valor del *debate* entre partes que el principio de contradicción asegura[37].

La *jurisdicción* entraña el poder de decidir con efecto de cosa juzgada y ello excluye la voluntariedad[38], luego la jurisdicción *strictu sensu* no puede ser *voluntaria*. Pero tampoco en los expedientes integrados en la categoría de la *jurisdicción voluntaria* en los que no existe conflicto todo es libre albedrío del solicitante. Según el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015 de 2 de julio, *la «jurisdicción voluntaria se vincula con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones de la autonomía de la voluntad en el ámbito de Derecho Privado que impiden obtener un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados, así lo justifiquen. O también, con la posibilidad de contar con el concurso de voluntades individuales precisas para constituir o dar eficacia a un determinado derecho».* Ello implica que, para la consecución del efecto jurídico deseado por el promovente, debe acudir necesariamente ante al órgano judicial (u otra autoridad sustitutiva, en su caso) en ejercicio de su derecho, cuya satisfacción no puede alcanzar por sí solo. Se encuentra, así, sometido a

---

36. Sobre el concepto de jurisdicción, véase Gimeno Sendra, V., «Fundamentos de Derecho Procesal, Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 40.

37. Véase González-Cuéllar Serrrano, N., «*El derecho de defensa y la marca de Caín*», en «Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del Derecho y la Justicia penal» (VVAA), Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 27 y 28.

38. Banacloche Palao, J., «Los nuevos expedientes…», cit., p. 23.

una carga en sentido técnico, a un *imperativo del interés propio*, pues el incumplimiento de los requisitos legales le impide la obtención de un beneficio o le ocasionan un perjuicio. Ello del mismo modo que están gravadas con cargas las partes en el proceso contencioso: el actor al presentar su demanda y el demandado al comparecer y contestar, entre las restantes situaciones procesales a través de las cuales se desarrolla al proceso según *la teoría empírico dinámica* de James Goldschmidt[39].

Precisamente la razón por la cual los expedientes de jurisdicción voluntaria en los que realmente no existe conflicto pueden ser desjudicializados es porque en ellos no se ejerce potestad jurisdiccional, la cual se encuentra constitucionalmente atribuida en régimen de exclusiva a los Juzgados y Tribunales establecidos por la ley. Así ha sucedido con la Ley 15/2015, que ha atribuido no ya a los Letrados de la Administración de Justicia el conocimiento de ciertas materias, sino también a Notarios y Registradores de la Propiedad, en virtud de un criterio de oportunidad política o utilidad práctica.

Ahora bien, con la desjudicialización se produce la paradoja de mantener la expresión *jurisdicción voluntaria* como calificativo de un poder oficial relativo al Derecho privado y mercantil que, en buena medida, no se residencia en el ámbito de la Administración de Justicia. La Ley 15/2015 incurre en la paradoja indicada cuando, en su art. 1, apartado primero, al delimitar su objeto se refiere a «*la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos judiciales*», dando por sentado que existen actuaciones merecedoras de tal denominación seguidas ante autoridades ajenas a los Juzgados y Tribunales. No obstante, el apartado segundo del mismo precepto intenta evitar confusión en la aplicación de la nueva normativa al disponer que «*se considerarán expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso*».

En definitiva, efectuadas las anteriores precisiones y desde la perspectiva del Derecho español vigente, por *jurisdicción voluntaria* cabe entender la función atribuida a los órganos judiciales del orden civil para otorgar la tutela de los derechos civiles y mercantiles que los interesados les soliciten a través del cauce procedimental legalmente establecido bajo tal calificación, en asuntos contenciosos o no, para el cumplimiento de la expresada finalidad. Se trata, así, de una catalogación eminente formal que no responde a un concepto doctrinal y que se proyecta sobre una realidad legalmente delimitada en virtud de un criterio de utilidad.

---

39. «El proceso como situación jurídica», Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, passim.

Como puede observarse, la categoría se define por la ley sobre la base de la competencia para el conocimiento de la solicitud de tutela y el carácter del procedimiento establecido para su dispensa. No obstante, dentro del órgano judicial, «*el impulso y la dirección de los expedientes corresponderá a los Secretarios Judiciales, atribuyéndose al Juez o al Secretario Judicial, según el caso, la decisión de fondo que recaiga sobre aquellos y las demás resoluciones que expresamente se indiquen en esta ley*». (Art. 2.3 LJV). Además, como ya se ha expuesto, la función puede también ser ejercida, en determinados asuntos, por Notarios y Registradores de la Propiedad (en virtud de modificaciones introducidas por la LJV, en sus disposiciones finales, en la Ley del Notariado y la Ley del Registro Civil, entre otros textos legales).

En lo sustancial, la existencia de contienda no es lo relevante, como se ha dicho. Lo importante es que se trate de la tutela de derechos o intereses en los ámbitos civil o mercantil mediante el ejercicio de una función estatal atribuida por decisión del legislador a los órganos judiciales. En opinión de Juan Ramón Ortiz Liébana[40], con la expresa referencia a los derechos e intereses en materia civil o mercantil, la Ley limita el ámbito de aplicación de la jurisdicción voluntaria y la supletoriedad de su ley reguladora respecto a la amplitud de la normativa precedente, dejando al margen instrumentos propios de otras ramas jurídicas, como la conciliación laboral[41] o la previa a la querella por injurias o calumnias entre particulares[42].

En conclusión, el nuevo concepto de *jurisdicción voluntaria* se ha separado del que resultaba de la normativa de la LEC/1881, en especial de su artículo 1811, con abandono del tradicional criterio de distinción entre asuntos contenciosos o no contenciosos y reforzamiento de una comprensión meramente formal de la institución, cuyos perfiles dogmáticos han resultado, si cabe, más distorsionados de lo que estaban con anterioridad.

4. Naturaleza Jurídica

La polémica en torno a la naturaleza jurídica de la *jurisdicción voluntaria* se centra en determinar si la categoría de procedimientos que en ella se incluyen es propiamente jurisdiccional y se encuentra vinculada al art. 117.3 CE, que reserva en exclusiva a Juzgados y Tribunales la potestad jurisdiccional, o al

40. Liébana Ortiz, J.R.., en obra colectiva coordinada por Perez Escalona, S., «Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria», Aranzadi, 2015, Navarra, p. 51.

41. Ver: artículos 63, 64, 65, 66, 67 y 68 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social.

42. Artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

117.4 CE, que atribuye a los jueces y magistrados las actuaciones que las leyes les encomienden en garantía de cualquier derecho y que no suponen la práctica de la jurisdicción[43].

Un sector minoritario de la doctrina defiende la idea de que la jurisdicción voluntaria es una actividad jurisdiccional. Se trata de autores, como Carnelutti, que entienden que no importaría tanto si existe controversia actual entre las partes o no, pues lo relevante sería una necesidad de prevención del surgimiento de la *litis* mediante la intervención del juez en el negocio privado o, como Satta, que se basa en la necesidad de tutela del derecho o interés particular a través de una actuación judicial en la que existirían los elementos tradicionales de la jurisdicción, a saber la *notio*, *iudicio*, *coercio* y *executio*. De esta forma estaría incluida la jurisdicción voluntaria dentro del concepto de jurisdicción debido al poder que tienen los jueces para conocer los elementos necesarios para actuar en el proceso; el poder de resolver o decidir las controversias y el poder para hacer cumplir sus propias decisiones, ya sean del tipo que sean (de fondo o de simple trámite)[44].

Otro sector doctrinal, mayoritario, defiende la idea de que la llamada *jurisdicción voluntaria* no es una actividad jurisdiccional, sino que consiste en una función especial que ejerce el Estado en asuntos civiles y mercantiles y encomienda a los órganos judiciales, por apego a la tradición, *auctoritas* derivada de su capacitación técnica, independencia e imparcialidad, o por conveniencia práctica. Exponente de tal postura es Jaime Guasp Delgado, para quien «*la jurisdicción voluntaria no es figura procesal auténtica, sino una figura administrativa que, por razones de diversa índole, se confía a órganos judiciales*»[45]. La misma opinión manifiesta Manuel Serra Domínguez, quien en un clásico trabajo sobre la *jurisdicción voluntaria*, divide los expedientes en «*actos constitutivos*», «*homologadores*», «*de mera documentación*» y «*de simple presencia*» y sostiene el carácter no jurisdiccional y administrativo de todos ellos, dada la ausencia de la nota de la cosa juzgada, consustancial a la jurisdicción, incluidos los constitutivos, que diferencia de las sentencias constitutivas basadas en una situación de conflicto e integra en la función administrativa[46], al igual que muchos otros autores, que se integrarían en una concepción de la

43. Banacloche Palao, J., «Los nuevos expedientes…», cit., p. 28

44. Liébana Ortiz, J.R., «Fundamentos dogmáticos…» cit., pp. 56 y 57.

45. Guasp Delgado, J., «Derecho Procesal Civil», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, P. 114.

46. Serra Domínguez, M.,»Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, págs 635 a 641.

jurisdicción voluntaria como Administración Pública del Derecho privado[47], aunque con diversos matices[48].

En el mismo sentido, Andrés de La Oliva Santos sostiene que «*al no haber controversia, los jueces no ejercen, en propiedad, función jurisdiccional. Lo que en los expedientes se decide carece, pues, de fuerza de cosa juzgada…».* Pero dicho autor no atribuye al concepto, de modo alguno, una función administrativa, pues entiende que, simplemente, para obtener unos determinados efectos (que no serán de cosa juzgada), atendiendo igualmente a razones de política legislativa, se encomienda la tarea al juez, sin olvidar que los intereses jurídicos tutelados son privados, tanto personales como patrimoniales, y que el régimen de recursos que se establece es distinto de los que rigen ante la actuación de la Administración Pública[49].

Vicente Gimeno Sendra, por su parte, define la *jurisdicción voluntaria* como una función no jurisdiccional que atribuye la ley a juzgados y tribunales. Esta tendría su fundamento en el art. 117.4 CE, en virtud de la asignación del legislador ordinario de actuaciones que no son jurisdiccionales a los jueces. «*Dicha delegación* —entiende el autor citado— *se efectúa en garantía de cualquier derecho».* Además, Gimeno califica los actos de jurisdicción voluntaria como «*de mera comprobación, en donde el Juez, en tanto que autoridad imparcial, es convocado a fin de dotar de fehaciencia y autenticidad a determinados actos de voluntad de los particulares»*[50]*.*Se trata de una postura que encuentra apoyo en la jurisprudencia del TC, que desde la STC 93/1983, relativa a un asunto sobre matrimonio canónico rato y no consumado, afirmó que «*la función encomendada al Juez en tal caso no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que, al ser concebida al modo de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse entre las funciones que, de acuerdo con el art. 117.4 CE, puede atribuir la Ley expresamente al juez en garantía de cualquier derecho*», doctrina reiterada por la STC 124/2002, de 2 de mayo, atinente a una solicitud de acogimiento familiar. Pero en contradicción con la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, la STS 3ª de 22 de mayo de 2000 sostiene que «*no se puede afirmar que en la denominada Jurisdicción Voluntaria los Jueces y Tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer eje-*

---

47. El término fue empleado por primera vez por Zanobini, «Sulla amministrazione publica del Diritto Privado», *Rivista di Diritto Publico*, 1919, T.I, pp. 171 y ss, cit. por Serra Dominguez, M., «op. cit., 622.

48. Allorio, E.,»Ensayo polémico sobre la Jurisdicción Voluntaria», Problemas de Derecho Procesal», Ed. EJEA,n Buenos Aires, 1963, T. II, pp.,3 y ss; Pietro Castro Y Ferrándiz, L, «Reflexiones doctrinales y legales sobre Jurisdicción Voluntaria», *Revista de de Derecho Privado*» Vol. 40, 1956, págs 107 y ss; Liébana Ortiz, JR., «Fundamentos dogmáticos…», cit. pp. 60 y 61.

49. De la Oliva Santos, A., en obra colectiva coordinada con Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J., «*Curso de Derecho procesal civil. Parte general*», Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, Madrid, p. 34.

50. Gimeno Sendra, V., «Introducción al Derecho procesal», Castillo de Luna Ediciones Jurídica, 2015, Madrid, p. 99

cutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el art. 117.3 de la CE, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan». «*Las demás funciones que el art. 117.4 de la CE permite que una Ley atribuya a los Jueces y Tribunales en garantía de cualquier derecho* —añade la sentencia— *son aquellas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos*» y pone como ejemplos la citada resolución «*los supuestos de participación de Jueces y Magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquellos se incorporan a otras Administraciones del Estado por las garantías que su presencia en ellas confiere, pero sin paralelismo alguno con el que nos ocupa*». Se trata, sin embargo, de una sentencia aislada, cuya línea argumental, contradictoria con la doctrina emanada del TC y la posición doctrinal dominante, deviene además innecesaria para afirmar que, en el cumplimiento de las funciones legalmente encomendadas a Jueces y Magistrados, deben ser respetadas las garantías constitucionales que presiden su actuación, pues es precisamente por la existencia de las indicadas garantías por lo que la ley encomienda a los órganos judiciales tareas no jurisdiccionales, pero que redundan en la protección de determinados derechos.

Por su parte, la LJV, en tanto y en cuanto aglutina en la categoría que regula expedientes en los que no existe contienda con procedimientos de resolución de conflictos no ya potenciales, sino actuales, comprende el ejercicio de jurisdicción reservada por el art. 117.3 CE a los Juzgados y Tribunales, con materias incardinables en el art. 117.4 de la Ley Suprema. Queda claro que sólo estas últimas pueden ser desjudicializadas.

5. Conclusión

El fundamento de la *jurisdicción voluntaria* es la necesidad de dotar de seguridad jurídica a ciertas actuaciones que precisan de una respuesta de autoridad, para la consecución de legitimidad social y para la prevención de conflictos posteriores, en opinión de Julio Banacloche Palao[51]. Aunque tiene razón dicho autor, los antecedentes históricos demuestran que la expresión jurisdicción voluntaria dista de referirse a un concepto jurídico claro. Más bien, evoca un guiso compuesto por ingredientes de distinta naturaleza que cualquier chef vanguardista estaría encantado en deconstruir.

---

51. Banacloche Palao, J., «los nuevos expedientes…», cit., p. 29

24 | Con la venia del algoritmo

Pedro Ruiz Soto
Abogado. Profesor Asociado de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Barcelona

Notificada el 6 de septiembre de 2032, fine apelar el 13. Era la escueta fórmula con la que mi procurador (*rectius*: su software de control de vencimientos) me deseaba una feliz vuelta al trabajo. Ahora tendría que repasar si aquella sentencia, desestimatoria de nuestra demanda, había aplicado correctamente los algoritmos que citaba, si éstos eran los más adecuados y si el índice de fiabilidad de los mismos, teniendo en cuenta el volumen de datos en que se sustentaban y la coincidencia con el patrón formal de nuestro asunto, superaba el umbral de razonabilidad heurística. Si ya era penoso tener que seguir trabajando a los 75 años, tras la quiebra de todos los sistemas de previsión, públicos y privados, ponerse a aprender nuevos conceptos procesales mucho después de la edad a la que se habían jubilado los antiguos procesalistas académicos era el colmo del ensañamiento.

¿Conceptos procesales? Bueno, no exactamente. Ese es el nombre que los viejos seguimos utilizando. Los jóvenes científicos del proceso jurisdiccional, o de lo que queda de él, se habían confabuladocon el resto de nuevos *juristas*(conservaban la etiqueta milenaria porque, decían, les daba pedigrí) para sustituir todo el aparato de garantías, el *favor actionis*, la exigencia de motivación, la invocación explícita de los criterios de interpretación de las normas, por lo que llamaban *ciencia*: la *ciencia de la heterocomposición predictiva de conflictos*. Así la llaman.

Todo había ido muy rápido: los algoritmos colonizaron rápidamente el proceso jurisdiccional.Habían comenzado a utilizarse hacía algo más de 20 años, en California (*¿whereelse?)* para ayudar a los jueces a decidir el riesgo de reincidencia de los reclusos.En poco tiempo pasaron a ser utilizados por los grandes despachos, y luego por los medianos, para identificar los factores que determinan la decisión de los tribunales.Por el camino, antes de llegar a las salas de justicia, los algoritmos habían colonizado también la Administración, utilizán-

dose para seleccionar los antecedentes y los fundamentos jurídicos de todas sus resoluciones.Las universidades les dieron su bendición y el legislador se subió enseguida al carro.

De este modo, los antiguos Letrados de la Administración de Justicia (¿quién se acordaba ya de ellos?) vieron cumplido al fin su viejo sueño de la equiparación plena con los jueces, y se unificaron en un nuevo cuerpo de *Supervisores de Prognosis Judicial*, cuyo cometido fundamental pasó a ser seleccionar e integrar los diversos algoritmos que el Estado puso a su disposición para resolver todas las cuestiones: desde la admisión de la demanda, la resolución de las cuestiones de competencia, la admisión de la prueba y su valoración. Así, hasta la ponderación de las alegaciones relativas al fondo del asunto.

De nada sirvieron las protestas y las reservas de algunos viejos procesalistas, magistrados y abogados. Decían que el algoritmo era opaco, que ni los mismos creadores podían conocer detalladamente sus reglas porque, dentro de determinados límites, podía automodificarse (*selflearning*) a sí mismo. Y decían también que era imposible, o muy difícil, detectar si las variables estaban sesgadas, incluso de manera involuntaria.

Pero los argumentos del Ministerio, que el poder legislativo asumió, resultaron irresistibles. Con el mismo coste, sin gastar un solo euro más, podrían resolverse más del triple de asuntos judiciales, sin riesgo alguno de parcialidad y con garantía de actualización, porque un Comité de Expertos, controlado por el CGPJ y por el propio Tribunal Constitucional, se encargaba de reescribir y actualizar los algoritmos cuando la evolución social o los cambios económicos y/o legislativos lo aconsejaban, modificando los factores de ponderación y mejorando la recogida, selección y gestión de los datos con que se alimentaban los algoritmos.¿Qué sentido tenía admitir y tramitar una demanda que tenía un 98,96% de probabilidad de ser íntegramente desestimada? ¿Y practicar una prueba que, en el 97,81% de los procesos sobre el mismo asunto, resultaba irrelevante? Los fondos de inversión que financian los procesos colectivos y las empresas que afrontan cuantiosas inversiones en tecnología y biomedicina no pueden depender de que el ponente que les pueda tocar en suerte, cuando el asunto llegue a los tribunales superiores, sea más o menos creativo, más o menos brillante o más o menos «progresista». La inversión necesita minimizar la incertidumbre, y eso sólo puede garantizarse con el algoritmo, decían.En definitiva, lo de siempre: uso eficiente de los recursos y seguridad jurídica. ¿Quién podía oponerse al progreso por oscuros intereses corporativistas?, bramaban los Ministros y sus voceros.

Finalmente, hace apenas diez años que los Planes de Estudios universitarios mutaron sustancialmente para adaptarse a las nuevas técnicas. Por lo que pa-

rece, se mantienen las antiguas denominaciones (Derecho Procesal, Civil, Penal, Mercantil…) pero bajo las viejas categorías de conceptos se estudian ahora los elementos que se integran en la composición del algoritmo que determina o no su concurrencia. Por ejemplo (según me explica un joven profesor de Derecho Procesal) aquel concepto arcano de la duda razonable, que nutría la presunción de inocencia, había sido engullido por la ejecución de un programa que, a partir de los datos que el juez, con auxilio de otro algoritmo, consideraba probados, establecía la probabilidad de que se hubiese producido un curso de acontecimientos distinto a la hipótesis formulada por la acusación. Y así todo. El riesgo de error judicial se había reducido hasta hacerse estadísticamente irrelevante. O al menos, eso era lo que decía el Ministro.

Post Scriptum

Ahora, en el año 2032, ya nadie se lo cuestiona. Es como si la Inteligencia Artificial y el Software predictivo, base de la prognosis judicial, hubieran estado siempre ahí y resultara inimaginable cualquier otro sistema de producción y motivación de resoluciones judiciales. Pero cuando en noviembre de 2018 se celebraron en la UAB las*Jornadas Internacionales de Derecho Procesal*, en el marco del *IV Memorial Manuel Serra Domínguez*, nadie había mencionado el término algoritmo ni una sola vez, aunque ya se comercializaba software predictivo para abogados (https://rossintelligence.com/), y se utilizaban algoritmos para decidir sobre la admisión de los recursos extraordinarios https://searchdatacenter.techtarget.com/es/cronica/La-inteligencia-artificial-transformara-los-procesos-judiciales-de-Brasilo para valorar el riesgo de fuga de los investigados https://www.technologyreview.es/s/6859/la-inteligencia-artificial-ya-es-capaz-de-evitar-la-prision-preventiva-innecesaria. Dos años antes, en 2016, se había creado un algoritmo que predecía el sentido del fallo del TEDHhttps://www.lavanguardia.com/tecnologia/20161230/412993420974/algoritmos-juicios-justicia-matematicas-sentencias-judiciales.html. Con la doctrina del TC fue mucho más difícil, pero al final parece que también consiguieron identificar los factores de predicción y entender su lógica. O al menos eso dicen.

25 | Sustitución procesal, sí; preterición procesal, no

Bárbara Sánchez López
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad Complutense
ORCID 0000-0002-8530-1907
basanche@ucm.es

RESUMEN: El presente trabajo cuestiona la característica procesal más acusada que suele acompañar a la legitimación por sustitución —también llamada sustitución procesal— como categoría excepcional de legitimación en el proceso civil, a saber: la preterición o falta de necesidad de constituir en parte al sujeto titular sustituido en cuyos derechos basa el sustituto procesal las pretensiones de la demanda. Esta predicada ausencia se funda en el grave equívoco dogmático consistente en considerar consustancial al carácter extraordinario de esta clase de legitimación la falta de audiencia del sujeto titular o sustituido, produciendo con ello un grave quebranto en la garantía que el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra como el «derecho [de toda persona] a ser oída (…) *para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*» (*cfr.* artículos 10 DUDH y 6.1 CEDH). La causa de esta disfunción se halla en la confusión que arrastramos, en sede de sustitución procesal, entre la eficacia material de la sentencia y la eficacia procesal de la cosa juzgada material, que cuenta con límites subjetivos dados en garantía de los derechos de los sujetos concernidos.

PALABRAS CLAVES: Sustitución procesal; legitimación en el proceso civil; sujetos del proceso; derecho de audiencia; eficacia de la sentencia; cosa juzgada material

SUMARIO: 1. La oportunidad de revisar el grave sobreentendido de la sustitución procesal. Las primeras explicaciones sobre el poder del sustituto procesal y su heteroeficacia. 2.1. La regla *res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*. 2.2. La heteroeficacia de la actividad del sustituto procesal en CHIOVENDA. 3. La confusión entre «eficacia jurídico-material» de la sentencia y la eficacia de «cosa juzgada material»: desmontando el mito. 3.1. La eficacia jurídico-material de la sentencia y su proyección sobre la esfera jurídica del sujeto titular sustituido. 3.2. La definición técnica de la cosa juzgada material y el fundamento de sus límites subjetivos en el derecho de audiencia y de defensa de las partes. 4. Contra la extensión de los límites subjetivos de la cosa juzgada material al sujeto titular preterido procesalmente

1. La oportunidad de revisar el grave sobreentedido de la sustitución procesal

§. La celebración de las *Jornadas Internacionales de Derecho Procesal* organizadas en el marco del *IV Memorial Manuel Serra Domínguez* brinda una magnífica ocasión para plantear un problema vivo y real que atañe a un concepto de cierta importancia en el Derecho procesal civil, como es la sustitución procesal. Como es sabido, la sustitución procesal —o legitimación por sustitución— es aquella clase de legitimación que consiente al sujeto legitimado, llamado *sustituto procesal*, deducir, en su propio nombre e interés, derechos declaradamente ajenos —los del titular o *sujeto sustituido* y con efectos directos para éste—, a fin de fundamentar en ellos las pretensiones jurídico-procesales de la demanda, justificada por los benéficos efectos indirectos que se siguen de la tutela jurisdiccional de estos derechos para el sujeto legitimado[1]. Fue detectada y nombrada por KOHLER en la Alemania de 1886 en un estudio que dedicó al usufructo con poder de disposición[2] y, desde entonces —y, gracias, sobre todo, al impulso experimentado en la doctrina italiana—, se encuentra fuertemente ligada a la construcción de los conceptos fundamentales del proceso civil, como la acción y la legitimación, por no mencionar los «solamente importantes», como la capacidad procesal o el principio de audiencia y la construcción de los límites subjetivos de la cosa juzgada material.

§. Pues bien, no pretendo ocuparme de la entera noción de sustitución procesal en sí, de la que he defendido en otro lugar que —a diferencia de como viene siendo considerada por la doctrina[3]— no es posible hacer de ella una categoría jurídico-procesal dotada de un contenido estable y de un régimen jurídico-procesal homogéneo. El peso de la dogmática ha dotado a esta clase

---

1. En España son obras de referencia en materia de sustitución procesal, además de las contribuciones de J. MONTERO AROCA en materia de legitimación en general (por último, en su *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona 2007, pp. 331 y ss.), la monografía de J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, y la de J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, Dijusa, Madrid, 2005. Al estudio de la legitimación por sustitución he dedicado mi tesis doctoral —parcialmente inédita, pero consultable en https://eprints.ucm.es/43247/1/T38906.pdf-, titulada *La sustitución procesal: análisis crítico*, codirigida por los Profs. Dres. D. Andrés de la Oliva Santos y D. Fernando Gascón Inchausti y defendida el día 15 de enero de 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Fruto de este estudio es esta breve comunicación realizada con ocasión del IV Memorial Manuel Serra Domínguez, celebrado en la Universidad Autónoma de Barcelona los días 12 y 13 de noviembre de 2018, bajo la dirección de los profs. Dres. D. Manuel Cachón Cadenas y D. Vicente Pérez Daudí.

2. J. KOHLER, «Der Dispositionsniessbrauch», publicado en *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. XXIV, 1886, pp. 187 y ss. La caracterización que el autor hace de la que ya entonces denomina *Prozeßstandschaft* puede verse en B. SÁNCHEZ LÓPEZ, *La sustitución procesal: análisis crítico…*, *cit*., pp. 62 y ss.

3. *Vid.*, por todos, J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, *cit*., p. 44 y, más matizadamente, J. C. CABAÑAS GARCÍA, quien no deja de reconocer que no existe un proceso para los legitimados indirectos y que su tratamiento unitario no está exento de matizaciones, aunque sí identifica como característica común más señalada que el tercero legitimado puede instar una tutela concreta «con efecto vinculante de cosa juzgada material para su titular» (J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero…*, *cit.*, pp. 17 y 21).

de legitimación de una característica muy señalada y extendida en la doctrina española, consistente en entender —de forma inusualmente pacífica— que: 1º) es consustancial a la legitimación extraordinaria del sustituto procesal la *ausencia* o *preterición* del sujeto sustituido en el proceso; y 2º) que, dando por supuesta esta característica cuasi-inherente a la figura, se predica de ella una eficacia *ultra partes* de la cosa juzgada material, a fin de que pueda alcanzar al sujeto titular preterido en el proceso. Esta es la cuestión que va a ser abordada en la presente comunicación, con la finalidad de impedir que los sobreentendidos que viven en la sustitución procesal sigan irrogando un padecimiento insoportable a las garantías procesales básicas de los sujetos concernidos.

§. Adelanto ya que constituye una *ilusión* considerar que la legitimación excepcional del sustituto permita —sin más— prescindir de la garantía del derecho de audiencia del titular sustituido y que la tal clase de legitimación comporte de suyo la extensión *ultra partes* de la cosa juzgada material de la sentencia dictada en el proceso del sustituto frente al titular preterido. Mi opinión —humilde, pero firme— es contraria a esta visión en exceso simplista de la sustitución procesal. Antes bien, entiendo que no es tolerable predicar una *indiscriminada* eficacia *ultra partes* de la cosa juzgada material justificada únicamente por la ficción de que *el sustituto procesal sustituye al sujeto sustituido en el proceso* sin necesidad de preservar su derecho de audiencia. Esto —como he argumentado en otro lugar[4]— ni siquiera puede suceder en la paradigmática acción subrogatoria. Y si esto se siguiera haciendo a costa de los derechos de audiencia y defensa del sujeto titular sustituido, a la sustitución procesal le vendría mejor el nombre de *abracadabra procesal,* por hacer desaparecer al sujeto sustituido de la vista de todos sin necesidad de trucos de cortina.

Como vamos a ver, el «truco de prestidigitación» en el que hoy consiste la sustitución procesal es fruto del acarreo dogmático que arrastra la doctrina de la legitimación, en cuya sede se ha perpetuado la sustitución procesal como un supuesto excepcional consistente en el «ejercicio del derecho ajeno» que, por fuerza, ha de desplegar su eficacia en esta otra esfera jurídica ajena. El error radica —en concreto— en identificar esta eficacia directa en el plano sustancial, en la esfera del titular del derecho, con la muy diferente eficacia de carácter procesal de la «cosa juzgada material». O dicho en pocas palabras, el error está en confundir la *eficacia material de la sentencia* con la eficacia de la *cosa juzgada material* y en amplificar este error predicando indiscriminadamente una extensión *ultra partes* a una entera categoría dogmática que, por lo demás, no tiene bien definido su contenido.

---

4. B. Sánchez López, *Acción subrogatoria y sustitución procesal (análisis y prospectivas)*, Madrid, 2017, pp. 165 y ss.

2. Las primeras explicaciones sobre el poder del sustituto procesal y su heteroeficacia

2.1. La regla *res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*

§. Si el problema de la sustitución procesal consiste, básicamente, en un acarreo dogmático, como se acaba de decir, no es inoportuno situarnos ante el pensamiento del importador en Italia de este concepto —y, desde allí, al resto de países de base latina— de la *Prozeßstandschaft* de KOHLER: Giuseppe CHIOVENDA[5]. La obra del maestro piamontés muestra que este autor no llegó a postular que la sustitución procesal comportase invariablemente una extensión *ultra partes* de la cosa juzgada material del proceso del sustituto. Esta extensión es —más bien— fruto de la doctrina posterior, que confundió el plano de la eficacia material de la sentencia con el plano de la eficacia cada vez más aquilatadamente procesal de la cosa juzgada material de la sentencia. Esto, que puede parecer un juego de palabras, tiene una importancia de primer orden cuando se estudia la sustitución procesal.

§. Es preciso contextualizar que, a principios del siglo XX, la eficacia procesal de la cosa juzgada material está todavía en construcción y que los diferentes efectos consuntivos, preclusivos y normativos de la sentencia, así como la delimitación de su objeto y de sus límites subjetivos, se estudian aún desde un plano preeminentemente jurídico-material[6]. Es la investigación sobre la famosa «autoridad de la cosa juzgada» que, en salvaguarda de los derechos del individuo, queda limitada —en principio— a las partes. Así rezaba ya, en el período romano del principado, aplicable al procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, en D. 42.1.63 (MACRO, lib. 2, *de appellattionibus*): «*saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*»[7], que, junto con el comentario de D.

---

5. Los términos chiovendianos *sostituzione processuale*, luego recibidos por toda la doctrina italiana y por la española (en este caso debidamente traducidos como «sustitución procesal»), aparecen ya en la primera edición, de 1906, de los *Principii di Diritto processuale civile*, de Giuseppe CHIOVENDA, aunque antes, en su célebre discurso «L'azione nel sistema dei diritti», pronunciado en la Universidad de Bolonia el 3 de febrero de 1903, pese a que no llega a referirse a la sustitución procesal, cita la acción subrogatoria del artículo 1234 del antiguo *Codice civile* italiano —inexistente como tal en Alemania, cuna de la sustitución procesal— como ilustrativa de la noción de acción que él propugna [*vid*. en sus *Saggi di Diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, pp. 53-54, nota 10]. La aceptación y generalización —no sin importantes críticas— de la sustitución procesal en la doctrina italiana a partir de CHIOVENDA puede verse en B. SÁNCHEZ LÓPEZ, *La sustitución procesal: análisis crítico…*, *cit.*, pp. 86 y ss.

6. En esta clave pueden verse los importantes trabajos que, siguiendo la estela marcada por la doctrina alemana (sobre todo, por SAVIGNY, IHERING, KOHLER, WACH y MENDELSSOHN-BARTHOLDY), desarrolló la primera doctrina del procesalismo italiano del siglo XX, especialmente fecundo en materia de cosa juzgada, como ha señalado CARPI (*La eficacia «ultra partes» de la sentencia civil*, trad. J. Monroy Palacios, Limas, 2007, p. 59). Son de obligada referencia las obras de U. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicada e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917; F. CARNELUTTI, «Efficacia diretta ed eficacia riflessa della cosa giudicada», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1923, I, pp. 762 y ss.; E. ALLORIO, *La coisa giudicata rispetto ai terzi*, Milán, 1935; y T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milán, 1935.

7. Sobre este pasaje resulta fundamental la obra de Emilio BETTI, *D.42,1,63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in Diritto romano*, Macerata, 1922.

25,3,3,34 (ULPIANUS, libro XXXIV *ad edictum*) que recogía la máxima «*res iudicata pro veritate accipitur*», pasaron después a la codificación francesa, como presunción de verdad limitada a «*les mêmes parties*» y «*en la m*ême *qualité*» (artículo 1351 *Code Civil*[8]); a la codificación italiana preunitaria, donde se trasplantó literalmente la disposición francesa en un idéntico artículo 1351 *Codice Civile* de 1865; y al propio artículo 1252 de nuestro Código Civil que, hasta la vigencia de la actual LEC, proclamaba que «*para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron (…)*». Aclaro —pero no me detendré en ello— que ninguno de los preceptos citados se encuentra en vigor.

§. Lo que importa ahora es que la regla que limita la eficacia de la sentencia a las partes cuenta, en todos los ordenamientos, con excepciones, que encuentran normalmente su justificación en el derecho sustantivo, al que corresponde regular las posiciones jurídicas de los sujetos y, por tanto, configurar nexos de *perfecta identidad* o situación equivalente, que suelen ser los que están detrás de los excepcionales supuestos de eficacia *ultra partes* de la sentencia. Es, por ejemplo, lo que sucede —no sin algún problema interpretativo— con los causahabientes de las partes. Los restantes supuestos en los que se produce esta expansiva superación de los límites subjetivos de la sentencia reciben una desigual explicación. El más claro ejemplo de ello es la sustitución procesal que nos ocupa (aunque, mejor, debería hablarse de los diferentes e individuales supuestos que conforman esta difusa —y arcaica— categoría dogmática).

2.2. La hereteroeficacia de la actividad del sustituto procesal en CHIOVENDA

§. Si volvemos la mirada a CHIOVENDA, veremos que el maestro italiano entendía la sustitución procesal como un *poder jurídico*; el poder, en concreto, «di chiedere *in nome proprio* l'attuazione di una volontà di legge che garantisce un bene *ad altri*»[9]. Es decir, un derecho propio de carácter público (porque se ejercita frente a los tribunales) que provoca la actividad del tribunal consistente en tutelar el derecho subjetivo-material de otro. En esto consiste el poder del

8. El art. 1351 *Code Civil*, según su bicentenaria redacción original aplicable hasta el pasado 1 de noviembre de 2016 (cuando fue derogada por la Ordonnance n° 2016-131 de 10 de febrero de 2016), disponía que «*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*».

9. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto processuale civile*, vol. I, Nápoles, 1933, p. 54.

sustituto que CHIOVENDA —nótese bien— colocaba, no sin alguna vacilación, entre los *presupuestos procesales*, esto es, entre las condiciones para que el tribunal pueda y deba pronunciarse sobre el fondo, y no entre las condiciones de la acción, como la legitimación *ad causam petendi*.

Importa destacar también que CHIOVENDA anudaba a la sustitución procesal la consecuencia de que la actividad procesal realizada por el sustituto procesal «ha necessariamente influenza ed eficacia riguardo al soggeto del diritto per ciu egli litiga»; y que esto no le impide reconocer que el hecho de que el sustituto procesal sea parte «(…) non vuol dire nemmeno che il titolare del rapporto sostanziale non debba *mai* essere chiamato, como per legge in caso di azione popolare; come, secondo la miglior opinione dottrinale, nel caso di azione surrogatoria (…)»[10].

§. En estas palabras encontramos la descripción más certera de la eficacia que primigeniamente acompaña a los supuestos de sustitución procesal: la *heteroeficacia* en el plano jurídico, consistente en que todos o buena parte de los efectos jurídicos de los actos del sustituto procesal se producen de forma inmediata en la esfera jurídica del sujeto sustituido en cuanto titular del derecho actuado. Y reparemos en que, en el vasto campo del Derecho privado, el poder jurídico al que remite esta descripción chiovendiana no es otro que el poder de *representación*, que, en efecto, tradicionalmente pertenece al terreno de los presupuestos procesales que condicionan el inicio y el desarrollo del proceso hasta su conclusión mediante resolución de fondo (con independencia de su signo). De hecho, todavía hoy muchos de los supuestos que en Alemania, en Francia o en Italia se explican bajo la figura de la sustitución procesal, se han abordado en España como supuestos especiales de *capacidad procesal* (y, antes, de *capacidad para ser parte* en el proceso), que se sirve de la *representación* para integrar o suplir su falta. Así, por ejemplo, la personificación misma de «*las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración*», a la que se refiere la previsión general del artículo 6.1.4º LEC, es aplicable hoy a la *herencia yacente* y los casos a ella asimilados de comunidad hereditaria *indivisa* y de herencia *aceptada a beneficio de inventario*, pero también a la *masa del concurso*, como sujeto con entidad procesal propia al que representa la administración concursal (artículos 6.1.4º y 7.8 LEC), sin merma de la garantía básica del derecho de audiencia del deudor concursado (*vid.* artículos 51 y 54 LC).

---

10. G. CHIOVENDA, *Principii di Diritto processuale civile*, 3ª ed., Nápoles, 1923, pp. 597 y 598.

Precisamente, no es baladí señalar que la teoría de la representación ha sido una de las más antiguas que se han empleado para explicar los excepcionales supuestos de eficacia (directa) *ultra partes* de la sentencia. Fue, por ejemplo, la primera explicación que se dio a la naturaleza de la *acción subrogatoria* como poder jurídico que permite al acreedor ejercitar los derechos de su deudor[11]; y a ella también acudió la primera doctrina procesalista para explicar en un «sentido atécnico» —como afirma CARPI[12]— los anormales fenómenos de extensión ultra partes de la cosa juzgada[13].

§. Pues bien, la teoría de la representación aplicada a los límites subjetivos de la cosa juzgada en los supuestos de legitimación por sustitución presenta dos inconvenientes que la invalidan como plausible explicación técnica. En primer lugar, es del todo inadecuada y no acierta a explicar el poder del que está investido el sustituto procesal, por la sencilla razón de que, por amplios que sean los límites de la representación (que, en verdad, lo son), ningún poder representativo está dado en el propio beneficio e interés del pretendido representante; la figura del *procurator in rem suam* tiene, sin duda, un innegable valor histórico, pero no encuentra acomodo en el actual estadio de la representación en el Derecho privado. Y en segundo lugar, lo que invalida del todo la teoría de la representación para explicar la extensión *ultra partes* de la cosa juzgada es que permite soslayar el inexcusable problema que plantea su compatibilidad con el derecho de audiencia del sujeto titular sustituido y la consecuente búsqueda de un medio para integrar el contradictorio. Este es hoy el gran problema que plantea la sustitución procesal para los estudiosos del Derecho procesal o, al menos, para quienes no prescinden —siguiendo los pasos de ALLORIO— de los límites subjetivos de la cosa juzgada material reduciéndolos a

---

11. Así, por ejemplo, F. FERRARA Sr., «Natura giuridica dell'azione surrogatoria», en Foro italiano, 1904, I, pp. 1404-1405, donde califica la posición jurídica del acreedor sustituto como una «representación legal en interés propio», una «representación forzosa»; R. NICOLÒ, «Articolo 2900», en Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro Sexto, Roma, 1953, pp. 25-39, para quien el poder jurídico del acreedor s una potestad «del todo análoga a la del titular de un oficio, del representante, del sustituto»; E. EULA, «Condizioni, modalità ed affetti della azione surrogatoria», en Codice Civile. Libro della tutela dei diritti, II, Florencia, 1943, pp. 836-837;, N. DISTASO, «L'azione surrogatoria», loc. cit., pp. 286-289; y R. SACCO, «Osservazioni sulla figura del creditore che procede in via surrogatoria», en Rivista del Diritto Commerciale, 1955, pp. 29-134). En España se han adscrito a esta teoría, entre otros, A. GULLÓN BALLESTEROS, «La acción subrogatoria», en Revista de Derecho Privado, 1959, febrero, p. 118, y J. GÓMEZ CALERO, La acción subrogatoria artículo 1111 del Código Civil), tesis dirig. A. de Cossío, Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Civil, 27 de marzo de 1958, pp. 34-40 [disponible v.e. en http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/674/la–accion–subrogatoria–tesis–doctoral/]. Nuestro TS también recibió esta teoría en su STS (Sala 1ª) de 26 de mayo de 1942 (RJ 1942, 636): «el supuesto en contemplación (…) es el de un tercero acreedor que, en nombre del que es titular del derecho, lo ejercita en propio provecho»; «la acción subrogatoria no es sino un medio de vencer las consecuencias de una posible inacción del deudor que permite ejercitar las acciones de éste, sin implicar un cambio de acreedor» (la cursiva es mía).

12. F. CARPÌ, *La eficacia «ultra partes» de la sentencia civil*, *cit.*, p. 29.

13. Sirvan como ejemplo las observaciones de T. CANGINI, «L'azione surrogaroria in relazione alla cosa giudicada», en *Rivista di Diritto Civile*, 1921, pp. 253-269, y de A. ROCCO, *La società commerciali in rapporto al giudizio* civile, Milán, 1962, reimpresión de ed. 1898, pp. 215 y ss.

«un mero apéndice o resultado forzoso de los límites objetivos de la cosa juzgada»[14].

3. La confusión entre «eficacia jurídico-material» de la sentencia y la eficacia de «cosa juzgada material»: desmontando el mito

§. El problema de conciliar la extensión *ultra partes* de la cosa juzgada material con el derecho de defensa del sujeto titular sustituido ni siquiera existe para quienes han visto en el sustituto procesal a un *representante legal* del sujeto sustituido, al que, en consecuencia, afectará el proceso como parte *representada*. Este modo de ver las cosas, que no se aleja mucho de la apodíctica afirmación de que la sustitución procesal entraña la extensión *ultra partes* de la cosa juzgada material a causa del carácter excepcional de la legitimación de sustituto, confunde dos planos de eficacia distintos, aunque relacionados entre sí: la eficacia jurídico-material de la sentencia y la eficacia de cosa juzgada material.

3.1. La eficacia jurídico-material de la sentencia y su proyección sobre la esfera jurídica del sujeto titular sustituido

§. La «influencia y eficacia» de la sentencia obtenida por el sustituto procesal a la que se refería CHIOVENDA no puede ni debe identificarse con lo que hoy conocemos como «cosa juzgada material». Aquella hace referencia a la *eficacia jurídico-material* de la sentencia[15] y a su proyección en la esfera jurídica extraprocesal como resultado de la pacificación del conflicto a través de la sentencia de fondo, con su concesión —o no— de la tutela pedida: si la sentencia es estimatoria, la eficacia consistirá, sobre todo, en los efectos declarativos, constitutivos o de condena que por sí mismos tengan los pronunciamientos de la sentencia; y si es desestimatoria, en la eficacia merodeclarativa negativa que proyectará entonces la sentencia sobre el derecho a cuyo reconocimiento aspiraba el demandante. Estos efectos materiales de la sentencia —y, más precisamente, de sus pronunciamientos— a menudo se olvidan y quedan eclipsados

---

14. J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, *cit.*, p. 180. Su postura está desarrolla por extenso en su estudio monográfico sobre *La cosa juzgada*, Barcelona, 2006.

15. *Vid.* A DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa, y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991, pp. 29-31; M. CEDEÑO HERNÁN, *Tutela de los terceros* frente *al fraude procesal*, Granada, pp. 31 y ss.; P. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada…*, *cit.*, pp. 54-55; y, más recientemente, la monografía de J. A. DÍAZ CABIALE, *La eficacia material y procesal de la sentencia civil más allá de la cosa juzgada*, Valencia, 2018.

por el desarrollo doctrinal alcanzado en sede de cosa juzgada material, pero, como muy recientemente ha defendido DÍAZ CABIALE, «el justiciable no pretende, por sí misma, ninguna eficacia procesal, por muy importante que sea. No se pone en marcha un proceso para lograr la cosa juzgada y la preclusión externa»[16]. Se pone en marcha el proceso civil para conseguir —el demandante— la concreta tutela de un derecho subjetivo o interés jurídico equivalente y —el demandado— su desestimación, sobre cuyo plano opera —a reserva de lo que después se dirá— la eficacia jurídica de la sentencia de fondo, sea esta estimatoria o desestimatoria, y con independencia también del carácter plenario o sumario del proceso en el que haya sido dictada.

§. Esta eficacia material, desde el punto de vista subjetivo, es directa y no contiene en principio sus límites a lo procesal, sino que opera como un gas; «atañe a las partes así como a otros sujetos, y no al tribunal»[17]. Es, trasladándola al terreno de la sustitución, la eficacia de la sentencia que consiste —se ha dicho tradicionalmente— en que «*facit ius*» frente al sujeto titular sustituido, haya sido o no citado e independientemente de que intervenga o no[18]. En mi opinión, esto no hay quien lo niegue cuando se trata de aplicarlo a los supuestos de «ejercicio del derecho ajeno» en sentido amplio, pues el poder que permite este ejercicio está dado, precisamente, para producir esta *hereteroeficacia material directa*.

3.2. La definición técnica de la cosa juzgada material y el fundamento de sus límites subjetivos en el derecho de audiencia y de defensa de las partes

§. Cosa distinta de la anterior eficacia es la *cosa juzgada material*, que inevitable e invariablemente pone el acento en la intrincada cuestión —a veces, una verdadera petición de principio o aporía— del tratamiento procesal del derecho de audiencia del sujeto titular del derecho subjetivo actuado y de los límites subjetivos de la cosa juzgada material[19].

---

16. J. A. DÍAZ CABIALE, *La eficacia material y procesal de la sentencia civil…*pp. 30 y *passim*. Hago, no obstante, la reserva de no compartir algunas de sus observaciones importantes en torno a la eficacia material de la sentencia, sobre las que no puedo detenerme ahora.

17. J. A. DÍAZ CABIALE, *La eficacia material y procesal de la sentencia civil…*, *cit*., p. 29.

18. Por todos, *vid.* T. CANGINI, «L'azione surrogatoria in relazione alla cosa giudicada», *loc. cit.*., 255; y J. A. DÍAZ CABIALE, *La eficacia material y procesal de la sentencia...*, *cit.*, pp. 109 y ss.

19. La literatura sobre la ausencia, presencia, litisconsorcio pasivo e intervención procesal y sus relaciones con la cosa juzgada material es bastante abundante. Tengo por referencias principales las obras de A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada civil…, contencioso–adminsitrativa, y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991 y *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso* civil, Madrid, 2005, pp. 182-205; A. PROTO PISANI, «Appunti sui rapporti tra i limiti soggetivi di eficacia della sentenza civile e la garantizia costituzionale del diritto di difesa», en *Rivista Trimesrtale di Diritto e Procedura Civile*, 1971, pp. 1216 y ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto*

§. A partir, sobre todo, de los estudios de STEIN, la cosa juzgada material obedece a una construcción netamente procesal de la eficacia que despliega no cualquier sentencia, sino aquella de fondo dictada —hoy por hoy— en un proceso declarativo plenario. Esta otra clase de eficacia consiste en una *vinculación jurídico-procesal* que, ciertamente, no puede ponerse de espaldas a la eficacia jurídico-material de la sentencia, pero cuya definición es *técnica* y debe respetar también las exigencias de justicia del proceso. Por esta razón cuenta con *límites subjetivos*, dados en garantía de quienes no han sido parte en el proceso, no han podido configurar su objeto y no han tenido la oportunidad de influir en el signo de la resolución.

§. La eficacia de la cosa juzgada material como vínculo jurídico-procesal contiene, en efecto, sus límites subjetivos en las partes del proceso, por dos exigencias lógico–jurídica (que pueden reducirse a una sola, aunque prefiero desdoblarlas en dos por ponerlas mejor en evidencia). La primera consiste en la garantía de impedir que lo decidido en un proceso iniciado por o contra un sujeto carente de legitimación pueda afectar a los legítimos titulares de la relación jurídica que fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso. A veces se olvida este primer motivo y, por eso, hay que recordarlo cuando se trata de diferenciar entre eficacia jurídico-material y eficacia jurídico-procesal de la sentencia, rememorando las palabras de PRIETO-CASTRO en el sentido de que «la sentencia dictada entre partes no legitimadas podrá ser cosa juzgada para ellas, pero no para los legitimados»[20].

La segunda razón constituye el verdadero fundamento que justifica la existencia de los límites subjetivos de la cosa juzgada material y radica en que sólo las partes del proceso tienen, con su actividad de alegación y de prueba, la posibilidad de influir en la conformación fáctica y jurídica de la decisión jurisdiccional. Los límites subjetivos son límites jurídicos, basados en que si la eficacia de la cosa juzgada no tuviera estos límites subjetivos, no sólo se estaría imponiendo a alguien un determinado resultado de la actividad jurisdiccional obtenido sin su participación, es decir, sin haber tenido la posibilidad de combatirlo, variarlo o evitarlo, con lo cual se le ocasionaría una manifiesta indefensión,

---

ai terzi, *cit.*, pp. 247-261; G. A. MONTELEONE, *I limitti soggettivi del giudicato civile,* Padua, 1978, pp. 115-123; J. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, 2006, pp. 384-386; J. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, *cit.*, pp. 110-121 y 180-193; I. RIAÑO BRUN, *El ejercicio judicial de la acción subrogatoria*, Pamplona, 2002, pp. 104-127; J. C. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero…*, *cit.*, pp. 291-299; J. SIRVENT GARCÍA, *La acción subrogatoria,* Madrid, 1997, pp. 231-237; y P. GRANDE SEARA, *La extensión subjetiva de la cosa* juzgada, Valencia, 2009, pp. 340-354. Sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada material en la figura de la sustitución procesal, *vid.* las prolijas explicaciones de J. NIEVA FENOLL, en *La sustitución procesal*, *cit.*. pp. 167-193, y de J. C. CABAÑAS GARCÍA, en *La tutela judicial del tercero...*, *cit.*, pp. 331-350.

20. L. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Derecho procesal civil, vol. I, Madrid, 1968, p. 315.

sino que, más aún, el propio proceso civil habría variado su función última de medio para la resolución de conflictos *intersubjetivos* jurídico-privados.

§. Estas dos exigencias influyen decisivamente en la recíproca relación que existe entre límites objetivos y límites subjetivos de la cosa juzgada material, por la evidencia de que los derechos subjetivos o los intereses legítimos de un sujeto no acceden al proceso civil en su pura objetividad, sino relativizados por los sujetos en las concretas relaciones o situaciones jurídicas que se invocan como fundamento de sus pretensiones, y sólo a ellas les compete la carga de alegarlos y de acreditarlos en el proceso. Por eso, la definición de los límites subjetivos pertenece al terreno de la técnica procesal y a la necesidad de conjugar el respeto de las garantías procesales y, en especial, del principio de audiencia en todo proceso de cognición plenario, con las necesidades de seguridad y paz jurídicas inherentes al ejercicio de la jurisdicción en la resolución de conflictos intersubjetivos privados mediante la interpretación y la aplicación del Derecho objetivo en el caso concreto de forma irrevocable.

§. Conviene, pues, distinguir estos dos planos[21]. Teniéndolos presentes, se apreciará que la cosa juzgada material de la sentencia de fondo dictada en el proceso del sustituto procesal es —con independencia del signo del fallo— siempre la misma y siempre *inter partes* (o *ultra partes*, pero solo limitada a las personas mencionadas en el artículo 222.3 LEC). La eficacia jurídico-procesal de la cosa juzgada material contiene primordialmente sus límites a las «partes» del proceso y, por motivos jurídico-materiales (que no se niegan, al contrario), a «herederos y causahabientes» y a otras personas relacionadas en el artículo 222.3 LEC, entre las que hoy, tras la corrección de errores del BOE núm. 90 de 14 de abril de 2000, no se menciona a «*los titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes*» del artículo 10.II LEC, sino a los consu-

21. No los respetan, en cambio, quienes como GARBAGNATI (*La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*, Milán, 1942, p. 277-303), o ALLORIO (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*, *cit.*, pp. 128-129 y 249-269), o C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Turín, 1959, pp. 136-143), interpretan que las propias normas legales habilitantes de sustitución procesal —p. ej., el artículo 2900 *cc* italiano, que no obstante, impone la necesidad de citar judicialmente al deudor intermedio sustituido— justifican que la cosa juzgada material se forme, directa e inmediatamente, con el sujeto sustituido y realizan una interpretación forzada del término «partes» en sentido «material», como sinónimo de los sujetos de las relación jurídico-material litigiosa; es decir, como si, en el ejemplo de la subrogatoria procesal, no estuvieran comprendido en el concepto procesal de parte el deudor sustituido al que resulta obligado citar al proceso, de acuerdo con el artículos 2900 *cc*, ya mediante las normas de la *chiamata in causa* a instancia de parte (artículos 106 y 269 *cpc*), ya mediante la peculiar figura del *intervento coatto* por orden del tribunal o *iussu iudicis* (artículos 107 y 270 *cpc*). Tampoco NIEVA FENOLL es respetuoso con los límites subjetivos (*La sustitución procesal*, *cit.*, pp. 110-121 y 180-193), pero es coherente con los postulados de quienes abogan por la desaparición de límites subjetivos de la cosa juzgada que se deducirían entonces de los objetivos (*vid.* su *La cosa juzgada,* Madrid, 2006); otra cosa es que no se comparta este planteamiento, que devuelve la doctrina de la legitimación de partes y terceros al Derecho civil y vuelve a teñir de naturaleza jurídico-material la cosa juzgada, con el riesgo de terminar convirtiendo el proceso civil en una herramienta constitutiva de los derechos y de las relaciones jurídicas *coram populo*. Las críticas pueden verse en G. A. MONTELEONE, *I limitti soggettivi del giudicato civile*, *cit.*, pp. 66-69.

midores y usuarios que fundamentan la legitimación de los sujetos del artículo 11 LEC[22].

4. Contra la extension de los límites subjetivos de la cosa juzgada material al sujeto titular preterido procesalmente

§. Lo dicho hasta ahora da cuenta de la importancia que reviste para el Derecho procesal civil los límites subjetivos de la cosa juzgada material. No se respetan, en cambio, estos límites cuando nos servimos de una hipotética construcción acabada de la sustitución procesal para utilizarla como herramienta que permite consumar el ejercicio de derechos o intereses individuales jurídico-materiales pertenecientes a otro sujeto si seguimos pretiriéndole indebidamente en el proceso en el que estos derechos e intereses van a terminar definidos. Más bien, es al contrario: ni el artículo 10.II LEC ni el artículo 222.3 LEC permiten *per se* prescindir, en procesos relativos a derechos o intereses individuales, de la presencia del sujeto titular sustituido y sacrificar las exigencias del principio jurídico-natural de audiencia y el derecho fundamental de defensa que el artículo 14.1 PIDCP expresa como el «derecho a ser oída (…) *para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*» (*cfr.* artículos 10 DUDH y 6.1 CEDH).

§. A nadie se le escapa que si con la teoría de la representación no pueden obviarse las exigencias del principio de audiencia del sujeto titular sustituido, tampoco pueden hacerlo afirmaciones apodícticas sobre el carácter extraordinario de la legitimación del sustituto procesal, por habituales y pacíficas que resulten en nuestra doctrina y en la jurisprudencia. No se niega aquí la relación que existe entre legitimación y límites subjetivos de la cosa juzgada material. Al contrario, ya se considera que cualquier norma de extensión *ultra partes* de la cosa juzgada debe tener en cuenta —sí— la posición jurídica de los sujetos a los que se extiende (su *legitimación material*), porque sólo parece razonable implantarla respecto de los terceros que se encuentran en *idéntica situación jurídico-material* que las

22. En mi opinión, la «corrección de errores» del artículo 222.3 LEC no merece la crítica que muchos procesalistas le han dirigido, consistente en dejar «sin solución legal a los demás casos de legitimación extraordinaria, incluidos los de legitimación por sustitución» (P. Grande Seara, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso* civil, Valencia, 2008, p. 345). En el mismo sentido crítico, Nieva Fenoll, *La sustitución procesal*, *cit.*, p. 190, que califica como «desgraciada» la corrección de errores, y más comedidamente, A. De la Oliva Santos, *Objeto del proceso y cosa juzgada…*, *cit.*, pp. 188-189; I. Tapia Fernández, *La cosa juzgada (estudio de jurisprudencia civil)*, Madrid, 2010, pp. 199-200; e I. Riaño Brun, *El ejercicio judicial e la acción subrogatoria*, *cit.*, pp. 177-178 y 187-188. En mi opinión, la «corrección de errores» merece la crítica de trascender el sentido de las meras correcciones materiales y consistir en una reforma legal encubierta; pero en cuanto al fondo de la reforma, me parece un acierto que si se tiene claro que la extensión *ultra partes* debía vincularse a los procesos supraindividuales en materia de consumidores y usuarios y, en cambio, no se tenía —ni todavía se tiene— nada claro qué supuestos son los comprendidos en el párrafo segundo del artículo 10 LEC, se haya corregido la remisión al artículo 10 LEC para que, en su lugar, se haga al artículo 11 LEC. Lo contrario supone implantar «a ciegas» una norma de extensión *ultra partes* de la cosa juzgada material con resultados incalculados.

partes respecto de lo que constituye su objeto. Ahora bien, esto no permite prescindir de la necesidad de preservar la audiencia del sujeto titular sustituido. Dicho en otros términos: la legitimación del sustituto es una condición necesaria para la eficacia *ultra partes* de la sentencia, pero no es suficiente por sí misma para lograr esta extensión de la cosa juzgada material.

§. No se puede perder de vista que en el proceso en el que suele imaginarse la aplicación de la sustitución procesal se enjuicia la *ajena* relación jurídico-material que discurre entre el sujeto titular sustituido y el sujeto demandado, tal y como la haya deducido el sustituto procesal; es la esfera jurídico-patrimonial de aquellos otros sujetos el plano en el que ha de operar la eficacia jurídico-material de la sentencia. Se impone, pues, que al menos tenga —el titular sustituido— la oportunidad de ser oído en el proceso; que se preserve su derecho de audiencia que el artículo 14.1 PIDCP garantiza a toda persona en todo proceso «*para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*», que forma también parte de uno de los contenidos de nuestro derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

Si esta garantía procesal básica no es respetada, como, p. ej., está sucediendo en España en los procesos en los que se ejercita la acción subrogatoria del artículo 1111 CC, al sujeto titular del derecho o interés deducido no solo no le debe afectar la cosa juzgada material de la sentencia que se dicte en el proceso, sino que, antes, sin su presencia en él no podrá —a mi juicio— dictarse sentencia sobre esa relación suya con el tercero. Salvo que el derecho de ausencia del sujeto titular quede asegurado mediante otros mecanismos, como la intervención provocada, la legitimación pasiva en el proceso de la sustitución procesal es *necesariamente común* al sujeto titular sustituido y al sujeto al que se encuentre unido en calidad de deudor (y a sus litisconsortes necesarios), porque la relación jurídico-material entre ellos es *inescindible*: en el proceso se determinará la obligación de este último en el polo pasivo pero también inescindiblemente el derecho del titular sustituido en el polo activo de la relación jurídica deducida. Y esta inescindibilidad no consiente la artificiosidad de considerar que el sustituto procesal «se coloca en» y suple con su presencia el lugar que corresponde al sujeto titular sustituido como acreedor en esa relación.

§. Por tanto, no se trata sólo de que en su ausencia el sujeto titular preterido reciba los *efectos jurídico-materiales* de la sentencia. Se trata, antes, de un verdadero óbice que impide entrar a conocer el fondo y pronunciarse sobre esa relación ajena sin que en el proceso estén todos los sujetos que son sus titulares activos y pasivos. Si se observa, la existencia de este supuesto de litisconsorcio pasivo necesario impropio se incardina con toda claridad en lo dispuesto en el aptdo. 2 del artículo 5 LEC: «*las pretensiones (…) se formularán (…) frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida*».

§. Frente a esta postura, aquella otra que prescinde de los límites subjetivos de la cosa juzgada material a pretexto de lo especial de una clase de legitimación individual o no colectiva es un *error inverso* o *afirmación del consecuente* que invalida el planteamiento mismo de la consustancialidad de la extensión *ultra partes* de la cosa juzgada material frente al sujeto sustituido. Esto podría decirse de la *eficacia material* de la sentencia, mas no de la *eficacia procesal* en que consiste la cosa juzgada material, porque la extensión de esta otra eficacia en situaciones singulares, por complejas que sean, resulta incompatible con el principio jurídico natural de audiencia y con el derecho fundamental de defensa.

§. Quiero, en fin, cerrar estas líneas con la espléndida defensa realizada por MONTELEONE de la necesaria presencia del sujeto titular en el proceso instado por el sustituto procesal, expresada tanto en su monografía sobre la acción subrogatoria como en su posterior estudio sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada. De este último tomo las siguientes palabras —traducidas de propia mano al castellano— que ponen de manifiesto que preterición sujeto titular en el proceso de la subrogatoria no puede deducirse como una necesidad lógico-jurídica que se encuentre implícita en la norma que consiente al acreedor deducir las pretensiones de su deudor frente a tercero; semejante razonamiento incurre, como bien expresa MONTELEONE, en un vicio de *non sequitur*:

> «Pero de esta constatación en sí exacta [se refiere al artículo 81 *cpc* sobre sustitución procesal y la existencia de normas que la autorizan excepcionalmente] y de aquella que le es conexa de que no es preciso un caso de extensión a tercero de la cosa juzgada *inter alios*, a la afirmación de que dicha cosa juzgada se forme con respecto al sustituido independientemente de la necesaria instauración del contradictorio con él va no un simple salto, sino un abismo lógico y jurídico al mismo tiempo. Lo cierto, de hecho, es exactamente lo contrario: precisamente porque el derecho deducido en el proceso por el sustituto procesal pertenece a otros, precisamente porque la cosa juzgada debe formarse frente a ellos sin que haya extensión, y so pena de convertir en inútil el desarrollo de la legitimación extraordinaria, debe categóricamente afirmarse, en obsequio a la recta aplicación del principio contradictorio, de las normas sobre legitimación y de la norma sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada, que el sustituido ha de ser siempre llamado necesariamente al proceso (…) Sería manifiestamente inicuo y absurdo lo contrario, a menos que especiales y explícitas disposiciones de ley, introduciendo algunas excepciones que trastornan los fundamentos de nuestro ordenamiento, no dispongan expresamente en ese sentido»[23].

23. G. A. MONTELEONE, *I limitti soggettivi del giudicato civile*, *cit.*, p. 119.

26 | ¿Nuevas pruebas, viejos criterios? Hacia una modernización de las reglas de admisibilidad probatoria

Ana Sánchez Rubio
Profª. Ayte. Dra. de Derecho procesal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve referencia a la aportación de la doctrina estadounidense en la elaboración de criterios *ad hoc* para la admisibilidad de pruebas científicas. 3. Los tribunales españoles ante el estándar norteamericano de admisibilidad probatoria. 4. Algunas propuestas para un estándar de admisión de pruebas científicas. 4.1. La importación de la doctrina estadounidense. 4.2. La inclusión de nuevos parámetros.

1. Introducción

La admisión de la prueba constituye el primer momento, a excepción de la prueba anticipada, en el que comienza a tomar cuerpo la actividad probatoria en sede judicial. Como es sabido, se trata de un trámite en virtud del que se dicta una resolución en la que se admite o deniega la práctica de los medios de prueba propuestos por las partes[1]. En este sentido, Devis ECHANDÍA lo ha definido como «el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como un elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo»[2]. En relación con la fase procesal en la que acontece, Seoane SPIEGELBERG define a la admisión probatoria como «el salvoconducto que franquea el paso de la proposición a la práctica de la prueba»[3]. La admisión de la prueba supone, por tanto, uno de los momentos cruciales

1. ABEL LLUCH, X., «El juicio sobre la admisión de los medios de prueba», en *Derecho probatorio*, t. I, Bosh, Barcelona, 2012, p. 271.

2. DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, vol. 1, Temis, Bogotá, 2012, p. 282.

3. SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 282.

del proceso, puesto que en él se determina qué información podrá ser utilizada para convencer al juzgador de la veracidad de las afirmaciones alegadas.

La existencia de este trámite encuentra fundamento en la prohibición de una admisión indiscriminada de los medios de prueba propuestos por las partes, que es al mismo tiempo lo que justifica la creación de criterios de admisibilidad probatoria. Al respecto, como es sabido, tres son los parámetros utilizados para autorizar la admisión de una prueba: la pertinencia, la utilidad y la licitud; de manera que si un medio de prueba obedece a estas reglas, en principio, nada impide su práctica en juicio oral. No obstante, pese a la eficacia de estos criterios para fiscalizar el material probatorio como paso previo a su entrada en juicio oral, su idoneidad y suficiencia para evaluar cualquier clase de prueba ha de ser replanteada en la actualidad. Ello se debe a que en el sistema procesal contemporáneo han ido surgiendo pruebas que requieren de un control más preciso del que brindan estas clásicas reglas de admisión. En particular, nos referimos a aquellas pruebas de carácter científico-técnico, que cada vez están adquiriendo mayor protagonismo en el acervo probatorio (la técnica electroencefalográfica P300, la huella bacteriana, pruebas derivadas de la inteligencia artificial, etc.).

Y es que en lo que concierne a las pruebas científico-técnicas no solo se trata de aceptar la práctica de un medio probatorio sino de un método científico. Y no se trata solo de inadmitir los métodos que aporten datos redundantes o impertinentes, sino también de excluir los no fiables. He ahí la dificultad añadida con respecto a la admisión de una prueba no científica, pues el juez ha de ponderar algo más que pertinencia, utilidad y licitud: cientificidad y fiabilidad[4]. Por tanto, como se expondrá a continuación, para la admisión de estas pruebas no basta con ajustar al conocimiento científico los parámetros de admisibilidad ya conocidos, sino que deberán aplicarse nuevos criterios que permitan al juez controlar y seleccionar los métodos que estén verdaderamente dotados de validez científica, y que eviten el riesgo de que la decisión judicial se provea y sustente en una «mala ciencia».

Ello no quiere decir que los parámetros de admisibilidad recién referidos hayan quedado desfasados; por contra, constituyen el punto de partida para estas nuevas consideraciones y deben continuar siendo aplicados para la admisión de pruebas científicas. Lo que ocurre es que han dejado de construir un fin en sí mismos y han de ser acompañados de otros criterios para abordar los retos que nos plantean las pruebas de esta naturaleza. En este sentido, convenimos con Pérez Gil en que en el momento de la admisión de la prueba científica el

4. Vázquez Rojas, C., «La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 38, 2015, p. 104.

tribunal se halla en una situación en la que ha de resolver sobre dos cuestiones: «la necesidad o conveniencia de aplicar conocimientos especializados y la de apreciar la adecuación de los procedimientos científicos, métodos o técnicas mediante los que se han obtenido los resultados que ante él se presenten»[5].

2. Breve referencia a la aportación de la doctrina estadounidense en la elaboración de criterios *ad hoc* para la admisibilidad de pruebas científicas

Siguiendo a Gascón Abellán, en línea de principio cabe adoptar dos grandes posturas sobre la admisibilidad de la prueba científica. Por un lado, puede sostenerse «que no es necesario un control específico de admisibilidad científica de la prueba (validez científica) junto con el control de admisibilidad procesal (relevancia y legalidad) y que, por consiguiente, todas las pruebas científicas relevantes y legalmente obtenidas deben ser admitidas, dejando la cuestión de su validez científica para el momento de valoración»[6]. Esta parece haber sido la postura que han seguido los países europeos hasta el momento. Pero, por otro lado, cabe sostener que «junto al control de admisibilidad procesal debe haber otro de admisibilidad científica diferente de la fase de valoración de la prueba, es decir, de atribución a la misma de valor probatorio»[7].

Nuestra tesis secunda esta última idea pues, como acaba de ponerse de manifiesto, consideramos que los nuevos métodos científicos reclaman la necesidad de unos criterios propios de admisión que garanticen la entrada al proceso de buena ciencia[8]. Y ello porque la introducción del método científico en el sistema probatorio obliga a que el proceso sea sometido a una transformación, que se acomode a las nuevas exigencias científicas y tecnológicas que condicionan el modo de vida del siglo XXI.

---

5. Continúa este autor explicando que ello no implicará que los jueces hayan de transformarse en científicos y ni siquiera que ocasionalmente deban ejercer como tales, sino que habrán de ser capaces de discernir en este momento procesal inicial, por ejemplo, entre los límites de la propia ciencia (falibilidad, eventuales márgenes de error) y las contingentes deficiencias en la concreta aplicación o utilización realizada por las partes. Pérez Gil. J., *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 107-108.

6. Gascón Abellán, M., «Prueba científica. Un mapa de retos», en Vázquez, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 191.

7. *Ibídem*.

8. Con relación a ello, manifiesta Vázquez Rojas «la preocupación por encontrar una línea que permita distinguir a la ciencia (real) de otras cuestiones (ciencia basura, maña ciencia, etc.). […]». Apunta esta autora que «en filosofía de la ciencia, el problema de establecer un límite preciso para distinguir aquello que es científico de lo que no lo es se conoce como «problema de la demarcación»». Vázquez Rojas, C., *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 87.

La doctrina estadounidense fue la primera en hacerse eco de esta necesidad. Las manifestaciones de los tribunales norteamericanos sobre la admisibilidad de la ciencia en el proceso se originaron cuando, a principios del siglo XX, algunos expertos empezaron a cuestionar la fiabilidad de ciertos métodos científicos que se erigían como infalibles[9]. Así, en la sentencia del caso Frye v. United States (1923) [293 F. 1013 (D. C. Cir. 1923)], en la que se inadmitió un método similar al de una máquina de la verdad para demostrar la inocencia del acusado, se declaraba que es muy difícil detectar cuándo un principio o un descubrimiento científico cruza la línea de demarcación que hay entre su etapa experimental y aquella en la que ya es verificable. Por ello, estableció que debía admitirse una nueva prueba científica solo si estaba lo suficientemente fundada como para tener la aceptación general por la comunidad científica de referencia. Pronunciamiento a partir de la cual se instauró en la doctrina norteamericana el criterio de la «aceptación general», también conocido como la *Frye rule*, para la admisión de pruebas científicas.

En esta misma línea, aunque setenta años más tarde, en el caso Daubert v. Merrel-Dow Pharmaceuticals, Inc. (1993) [509 U.S. 579], que estudiaba la admisión de una prueba sobre la causalidad entre tomar un medicamento en el periodo de embarazo y las malformaciones de los bebés, el magistrado Blackmun fue el encargado de proponer, de manera ilustrativa y flexible, y no exhaustiva ni definitiva, los siguientes cinco factores de cientificidad: (i) el método científico empleado en el proceso ha de ser susceptible de verificación o refutación objetiva; (ii) los resultados del método o técnica empleada deben haberse publicado en revistas científicas de revisión por pares; (iii) el margen de error ha de estar determinado; (iv) la teoría sobre la que se sustenta la prueba ha de comportarse según ciertos estándares que permitan controlar su ejecución; (v) la técnica utilizada ha de contar con la aceptación de la comunidad científica. Como último criterio se añadió el de la relevancia de la prueba, no obstante, no consideramos que la relevancia forme parte del *Daubert test* porque es una cualidad que se exige a cualquier tipo de pruebas, no solo a las científicas.

Los cinco criterios enumerados en la citada sentencia forjaron los cimientos de la admisión científico-probatoria, al tiempo que delegaron en los órganos jurisdiccionales la difícil tarea de verificar el carácter científico de la prueba presentada. Estos parámetros fueron ampliados por las sentencias Joiner v. General Electric Company (1997) [522 U.S. 136] y Kumho Tire Company LTD et al. v. Carmichael (1999) [526 U.S. 137]. El primero de ellos considera que el control de fiabilidad que ha de realizar el juez no debe centrarse únicamente en el

9. PYREK, K., *Forensic Science Under Siege: the Challenges of Forensic Laboratories and the Medico-Legal Investigation System*, Academic Press, California, 2010, p. 342.

método científico, sino también en los resultados que este proporciona. Por su parte, en Kumho se extendieron los criterios de Daubert a pruebas de conocimientos estrictamente técnicos y no científicos —el *expert testimony* de un mecánico respecto a la rotura de un neumático—. Cabe señalar que los criterios emanados de estos cuatro pronunciamientos no son meras estipulaciones jurídicas, sino que están revestidos de un fuerte fundamento epistemológico, lo que ha hecho que sus estándares hayan sido adoptados por otros ordenamientos jurídicos. Tal es el caso del italiano, donde se consideran «conceptos de referencia fundamental y de obligada utilización para controlar las pruebas basadas en métodos científicos»[10]. A continuación nos ocuparemos de la acogida que este insigne test de admisibilidad científica ha tenido en el ordenamiento jurídico español.

3. Los tribunales españoles ante el estándar norteamericano de admisibilidad probatoria

Pese al gran aporte que ha significado la doctrina estadounidense respecto a la admisión de pruebas científicas en el proceso judicial, el ordenamiento jurídico español apenas se ha valido de estos revolucionarios parámetros[11]. Hasta la fecha, seis son las resoluciones de lo penal que contienen una sucinta referencia a los estándares que fija la sentencia norteamericana más paradigmática al respecto, el caso Daubert. Estos pronunciamiento son: la SAN 28/2018, de 25 de junio; el AAP de Cuenca 125/2018, de 17 de abril; el AAP 87/2017, de 19 de enero; la SAP de Murcia 20/2016, de 20 de enero; la SAP de Valencia 701/2014, de 28 de julio y la SAP de Cuenca 10/2011, de 14 de junio. Por su parte, en la jurisdicción civil tan solo dos sentencias mencionan dicho estándar estadounidense: la SAP de Madrid 216/2017, de 2 de junio y la SAP 419/2017, de 13 de diciembre.

Pues bien, en el ámbito penal, salvo la SAP de Valencia 701/2014, de 28 de julio, que estudia la fiabilidad de una prueba ecotoxicológica para resolver un caso de delito medioambiental, el resto de pronunciamientos hacen referencia al test de admisibilidad de Daubert en relación con pruebas periciales psicológicas. El objeto de estas pruebas no es otro que el de evaluar el relato del declarante —en la mayoría de los casos menores— para estudiar la credibilidad

10. De este modo ha sido considerado por Dominioni, O., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi* e *di elevata specializzazione,* Giuffrè, Milano, 2005, pp. 115-116.

11. Ni siquiera en los célebres casos de los afectados por la talidomida resueltos por las SJPI de Madrid, 19 de noviembre de 2013; SAP Madrid, 13 de octubre de 2014; STS 544/2015, de 20 de octubre, se menciona nada acerca de estos criterios de cientificidad.

de los mismos[12]. Por consiguiente, los criterios Daubert vienen siendo empleados por los tribunales españoles para valorar la fiabilidad de los dictámenes psicológicos aportados a la causa, lo que no coincide con el uso para el que fue creado dicho test: la admisión de pruebas científicas al proceso.

Sobre esta confusa aplicación del test Daubert ha de advertirse que la prueba científica controvertida en dicho caso no es ninguna pericia psicológica, sino los informes químicos elaborados por expertos de la industria farmacéutica que aseguran que el medicamento comercializado fue el causante de las deformaciones fetales que se denunciaban. Es más, uno de los puntos más debatidos acerca de la aplicación de los criterios sentados en Daubert pivota sobre su utilización en pruebas que, aunque especializadas en un determinado conocimiento, no siguen un método científico. Precisamente, este es el caso de la psicología, que no siempre aporta resultados extraídos de un método científico verificable[13]. Y es que, en ocasiones, las metodologías empleadas por la psicología carecen de objetividad, en el sentido de que no proporcionan conclusiones basadas en parámetros controlables. Esto nos reconduce al clásico debate sobre qué ha de considerarse ciencia y, en concreto, a qué grupo del conocimiento científico pertenece la psicología: a las ciencias duras o a las ciencias blandas. Parece que el test Daubert, al contrario de lo que se establece en el caso Kumho, no está diseñado para que sea utilizado en los dictámenes de opinión, si no en aquellos que no aceptan un ápice de subjetividad en sus conclusiones, por lo que es cuestionable su aplicación a las periciales psicológicas.

De otro lado, las dos resoluciones de lo civil no utilizan las reglas norteamericanas para valorar periciales psicológicas. Una de ellas lo hace en relación con una pericia de auditoría contable y otra para evaluar la rigurosidad de un método geométrico de medición de un edificio. No obstante, ambas, tal y como ocurre con las penales, emplean este estándar en la fase de valoración probatoria, y no en la de admisión. El hecho de que los criterios de cientificidad norteamericanos sean aplicados en un momento distinto para el que fueron creados puede llevar a indeseables conclusiones sobre los resultados científicos obtenidos. Pues, como señalábamos *supra*, esto conlleva el riesgo de que entre mala ciencia en el proceso, que es justamente lo que debe evitarse al establecer unos criterios de admisión probatoria para los métodos científicos. Y, lo que es

12. En este sentido, la SAP Murcia 20/2016, declara que «En cuanto a la metodología de los informes como el elaborado de Proyecto Luz, es necesario identificar qué parámetros valorativos y metodológicos debe el Tribunal tener en cuenta en el momento de valorar la eficacia probatoria de estas pruebas periciales, sin que el principio de la «libre valoración de la prueba» o de su «apreciación en conjunto» puedan servir de coartada para eludir un examen rigurosamente analítico de su contenido y conclusiones». Y a continuación se vale de los parámetros sentados en la sentencia Daubert.

13. Sobre los interrogantes que plantea la credibilidad de las pruebas psicológicas operadas sobre un testimonio, *vid.* Manzanero, A. L., Muñoz, J. M., *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: reflexiones psicolegales*, SEPIN, Madrid, 2011.

peor, también conlleva el riesgo de que esa mala ciencia, al ser practicada, convenciese al juez o al jurado que tenga que valorar la prueba, y ello se tradujese en una fundamentación errónea del fallo que se dictase con base en dichas pruebas. De lo contrario, esto es, si el *Daubert test* fuese utilizado para la admisión probatoria —insistimos, momento para el que se elaboró—, dejarían de entrar en el proceso ciertos métodos científicos faltos de rigor que, tal vez, si fueran admitidos y practicados terminarían siendo valorados positivamente.

Por todo ello, consideramos desde todo punto deseable que el sistema probatorio español se dote de un estándar uniforme de admisión de pruebas científicas. Dicho estándar no tiene por qué ser el mismo que el norteamericano, puede extraerse de este lo que mejor convenga, añadirse otros criterios o matizarse los ya existentes. Pero, con independencia del estándar que finalmente resulte, es fundamental que se aplique en el momento de admisión, y no en el de valoración.

4. Algunas propuestas para un estándar de admisión de pruebas científicas

De todo lo que hasta ahora llevamos dicho, puede fácilmente advertirse la necesidad de instaurar en el sistema probatorio español unos parámetros de admisibilidad de las pruebas científicas. Esta necesidad no solo surge por la confusa aplicación de los tribunales españoles del estándar Daubert, sino también porque en el derecho positivo nacional no hay ninguna referencia que sirva siquiera como guía para admitir o inadmitir pruebas de esta naturaleza. Dicha carencia es la que provoca que la admisión de métodos científicos al proceso se esté realizando mediante parámetros de control que no miden la cientificidad del método propuesto, sino únicamente su pertinencia, utilidad y licitud; con lo que hay una alta probabilidad de que el proceso pueda nutrirse de «mala» ciencia. Con el propósito de empezar a superar esta laguna legal, en lo que sigue trataremos de esbozar una propuesta de estándares de admisión científico-probatoria.

4.1. La importación de la doctrina estadounidense

Las notables diferencias existentes entre el ordenamiento jurídico español y el norteamericano impiden la extrapolación directa de los criterios de cientificidad establecidos por la trilogía Daubert a nuestro sistema probatorio[14]. Por

14. Sobre las notas características del sistema procesal penal norteamericano *vid.*, Gómez Colomer, J. L., «Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica», en *Revista del Poder Judicial*, núm. especial, 2006, pp. 25-77.

ello, es preciso extraer de esta jurisprudencia tan solo aquellos parámetros que puedan resultar aplicables a la admisión de métodos científicos en el proceso penal español.

En primer lugar, comenzamos por señalar la conveniencia de aunar dos de los factores sentados en el caso Daubert. Nos referimos al primero y al cuarto de los criterios enunciados. Al respecto, cabe recordar que el primero hace referencia a la posibilidad de verificar el método científico empleado en el proceso, y el cuarto a la exigencia de que la teoría sobre la que se sustenta dicho método se comporte según ciertos estándares que permitan controlar su ejecución. Consideramos que el hecho de que el método responda a la ejecución secuencial de ciertos parámetros es lo que posibilita la verificación del mismo de manera objetiva; por lo que resulta aconsejable integrar ambos criterios en uno solo, cuya reformulación requeriría: que el método científico empleado pueda ser verificado mediante la aplicación de los parámetros en los que se sustenta[15]. Para construir, así, un primer criterio enfocado únicamente a la cientificidad del método.

Por otro lado, el segundo de los criterios propuestos para admitir una prueba científica al proceso se corresponde con el segundo parámetro establecido en Daubert, es decir, la publicación del método en revistas científicas de revisión por pares. Al respecto, creemos que este factor debe ser aplicado con cierta profundidad. Esto es, no basta con comprobar que el método propuesto ha sido publicado en revistas revisadas por pares, sino que es necesario que, para que estemos ante un indicador de calidad, se evalúen cuestiones como: el índice de impacto de la revista, los parámetros más o menos estrictos por los que se rige o la importancia que se le atribuye a las publicaciones del método científico en cuestión. De lo contrario, estaríamos ante un criterio al peso, que mediría solo el número de publicaciones pero que se quedaría en la superficie del examen de calidad, pues por todos es sabido que no siempre la revisión por pares garantiza imparcialidad científica.

Avanzando en los criterios que conforman la propuesta que nos ocupa, la regla de la aceptación general por la comunidad científica de referencia tendría el tercer lugar. Esta regla, casi centenaria, ha sido objeto de numerosas críticas debido, sobre todo, a lo impreciso de su enunciado[16]. Sin embargo, creemos

---

15. En este sentido, lo aprecia Prat Westerlindh cuando menciona, entre varios criterios para la introducción de pruebas científicas en el proceso, el hecho de que «en su elaboración se debe seguir el método científico: debe ser reproducible en cualquier lugar y frente a cualquier persona con os mismos resultados». Prat Westerlindh, C., «Nuevos detectores de mentiras y derecho penal», en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 84, 2011, p. 34.

16. Lo impreciso de este enunciado radica en la inexactitud que rodea al término «comunidad científica». Ante esta falta de acuerdo, Gónzalez De la Fe sostiene que «la noción de comunidad científica, en la medida en que posee un fuerte componente epistémico cuya validez ha sido cuestionada por el relativismo epistemológico imperante en diversos enfoques sociales de la ciencia y la tecnología, sigue siendo útil tan solo si se atiende a los distintos escenarios

útil su incorporación al estándar de admisibilidad porque es innegable el hecho de que si cierta metodología está avalada por la mayoría de los especialistas de la materia, la misma goza de mayor consistencia que si tuviera más detractores que defensores. Ahora bien, debe acotarse este concepto a aquellos profesionales, nacionales o internacionales, especialistas en el método científico a evaluar. No basta, en nuestra opinión, con que sean expertos en la rama científica a la que pertenece ese método, sino que han de serlo en el procedimiento en concreto —por ejemplo, no todos los expertos en biología están igualmente preparados para hacer un informe sobre ADN, sino que habrá que atender a lo dispuesto por los biólogos moleculares—.

Por último, debe resolverse sobre si acoger o no el criterio del *Daubert test* relativo a la determinación del margen de error, potencial o conocido. Sobre este requisito ha de señalarse su falta de concurrencia en todas las pruebas que se producen a través de un método científico, como es el caso de las pruebas derivadas de la antropología forense, la tan practicada autopsia o algunos métodos de la informática forense. Nótese que no por no acompañar sus conclusiones de una cifra aproximada de acierto dejan estas pruebas de valerse de un método científico y riguroso. Por consiguiente, entendemos que la aplicación de este criterio debe ser solo puesta en práctica cuando efectivamente la prueba científica propuesta base sus resultados en una estimación cuantitativa, con la finalidad de comprobar que ese porcentaje es constante, y que no depende de factores externos. Sería este criterio, por tanto, un cuarto parámetro eventual del control de admisibilidad científico-probatoria.

4.2. La inclusión de nuevos parámetros

Prosiguiendo con esta idea de construcción de un estándar de admisión de la prueba científica al proceso, creemos conveniente, además de los cuatro criterios extraídos de Daubert, introducir dos nuevos criterios que completen este test de admisión. Se trata de la adecuada cualificación del experto y de la homologación del laboratorio científico, siendo este último un parámetro eventual pues, como es sabido, no todas las pruebas científico-técnicas exigen un tratamiento de la información probatoria en laboratorios[17].

---

sociales, económicos e institucionales donde se realizan sus actividades distintivas y específicas de creación de conocimientos y de creación de artefactos y recetas basados en conocimientos científico y que solucionan problemas». Gónzalez De La Fe, T., «La noción de comunidad científica: un repaso teórico y algunos problemas para la investigación empírica y las políticas de I+D», en Gónzalez De La Fe, T., López Peláez, A., *Innovación, conocimiento científico y cambio social. Ensayos de sociología ibérica de la ciencia y la tecnología*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2011, pp. 72-73 y 90.

17. Piénsese en la tan utilizada prueba de alcoholemia que, a falta de que se solicite análisis de sangre, queda conformada con la simple espiración de quien se somete al test en un aparato de medición llamado alcoholímetro. El resul-

De esta forma, nuestra propuesta de criterios para la admisión de pruebas estaría conformada por cuatro factores fijos: (i) la verificabilidad objetiva del método científico (ii) la difusión de su procedimiento y resultados en medios que garanticen su rigor (iii) su aceptación general por la comunidad científica de referencia y (iv) la adecuada cualificación del experto; y por dos factores contingentes o eventuales: (i) la determinación de un margen de error y (ii) la homologación del laboratorio científico. Puesto que cuatro de estos criterios ya han sido analizados, pasaremos ahora a explicar en qué consisten los dos nuevos parámetros.

a. La adecuada cualificación del experto

La prueba científico-tecnológica es considerada, en ocasiones, como una prueba de autoridad, en tanto su alta confiabilidad resulta con frecuencia incrementada por el prestigio del experto interviniente[18]. Este prestigio determina la elevada capacitación y especialización que se le exige al profesional actuante, que supera con creces la del perito corriente, ya que deben estar en posesión de títulos o reconocimientos objetivos que los hagan competentes en la disciplina en cuestión[19]. Se trata de un criterio de admisibilidad muy obvio, que sin embargo no recogen de manera clara y homogénea los textos procesales españoles.

En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala en su artículo 356 que «Las operaciones de análisis químico que exija la sustanciación de los procesos criminales se practicarán por Doctores en Medicina, en Farmacia, en Ciencias físico-químicas, o por Ingenieros que se hayan dedicado a la especialidad química. Si no hubiere Doctores en aquellas ciencias, podrán ser nombrados Licenciados que tengan los conocimientos y práctica suficientes para hacer dichas operaciones». Mientras que el artículo 458 recoge la preferencia por un perito titulado por lo que, al ser solo esta una preferencia y no una obligación, este criterio no tendría por qué concurrir a la hora de admitir una prueba científica al proceso. El hecho de que este requisito se haya concretado como una mera predilección en el orden penal se fundamenta en dos órdenes de razones: por un lado, porque cuando fue redactado este precepto no eran tan cuantio-

---

tado que se obtenga de este procedimiento queda registrado sin tener que pasar por laboratorio. Sobre el funcionamiento del alcoholímetro *vid.* López Álvarez, J. L., *Alcohol y tráfico: estudio y análisis de la conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, MAD-Eduforma, Sevilla, 2004, pp. 99 y ss.

18. Peyrano, J. W., «Sobre la prueba científica», en *Ius la Revista*, núm. 35, 2015, p. 109.

19. Ello coincide con lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 457 al determinar que «Los peritos pueden ser o no titulares. Son peritos titulares los que tienen título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración. Son peritos no titulares los que, careciendo de título oficial, tiene, sin embargo, conocimientos o prácticas especiales en alguna ciencia o arte».

sos los trabajadores que contaban con algún título académico; por otro lado, no debemos olvidar que la pericia abarca saberes que no necesariamente precisan de un experto titulado —recordemos la prueba técnica de un experto en neumáticos del caso Kumho o el ejemplo referido al soldador—.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil establece este requisito solo respecto de los peritos designados de oficio, no para los propuestos por las partes. Así, el artículo 340 del referido cuerpo legal dispone que «Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias». Además, como apunta Flores Prada, «la nueva LEC considera la capacidad y cualificación del perito no como presupuestos de su nombramiento sino como criterios de ponderación de la credibilidad que merezca el perito y de la valoración de los resultados de su dictamen»[20].

Se evidencia así la disparidad que rige sobre las exigencias de titulación oficial requerida. Por ello, para analizar cuál es el específico nivel de preparación que debe reunir cada experto, lo más útil sería establecer como referencia para admitir una prueba científica —no técnica, ni artística— que dicho profesional esté acreditado por la normativa de calidad correspondiente. La mencionada normativa viene contenida en la norma ISO 1724, de 2012, sobre la garantía en los procesos de certificación de personas. Poseer los requisitos exigidos por esta norma de calidad supone el reconocimiento formal por una tercera parte independiente, del cumplimiento de un alto grado de preparación por parte del profesional objeto de examen. Esta certificación implica, además del reconocimiento formal de la cualificación y de las habilidades del experto, la evaluación de la aptitud para aplicarlos en el desempeño profesional. Para ello se basa en la demostración de una combinación de conocimientos especializados, tanto desde una perspectiva formal como desde la experiencia práctica.

Incluir este criterio en el estándar de admisión de la prueba científica que proponemos sería muy ventajoso, pues es consustancial al método científico el hecho de que lo desarrolle una persona debidamente acreditada para ello, y no un entendido en la materia, como podría suceder con otro tipo de pericias[21]. Es más, proponemos su requerimiento, no solo para los peritos judiciales, sino también para los propuestos por las partes, con la finalidad de disminuir el

20. Flores Prada, I., *La prueba pericial de parte en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 186.

21. En este sentido, destaca Flores Prada que «la admisibilidad del dictamen depende de que el perito posea los conocimientos especializados mínimos que le permitan ser considerado como un experto en la materia objeto de prueba». *Ibídem,* p. 376.

agravio comparativo que subsiste entre estos profesionales, y con el objetivo también de homogeneizar la práctica de la prueba científica.

b. La homologación del laboratorio científico

El criterio de la homologación del laboratorio científico, como decíamos, es propuesto como un requisito contingente, pues no toda prueba científica se desarrolla en un laboratorio. Piénsese en la medición de un edificio para estudiar las razones de su desplome. Es esta una prueba científica que se realiza a pie de campo, y cuyo desarrollo posterior puede llevarse a cabo en el despacho del profesional que tiene encomendado el trabajo, que no tiene que ser un laboratorio. Pero, cuando el método científico que aspira a entrar en el proceso se haya realizado, al menos en parte, en un laboratorio científico, este debe reunir una serie de requisitos que garanticen la calidad científica que debe regir en sus instalaciones y en su personal.

En este sentido, como cabe esperar, nada contempla la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La regulación al respecto viene recogida, como sucedía con la certificación de personas, en una norma de calidad, en concreto en la norma ISO 17025, de 2017, sobre los requisitos generales relativos a la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración. En esta norma se recogen las condiciones que deben reunir los laboratorios que deseen certificar que son técnicamente competentes y que son capaces de producir resultados científicamente válidos[22]. Así, entre otros aspectos, esta norma examina que el laboratorio en cuestión posea un sistema de gestión de la calidad eficaz y en mejora continua, que esté técnicamente equipado con el personal, las instalaciones y las condiciones ambientales adecuadas, y que trabaje con métodos validados, equipos controlados y patrones confiables con trazabilidad a las Unidades del Sistema Internacional[23].

La homologación del laboratorio científico en el que se haya desarrollado la prueba propuesta, es el último parámetro de cientificidad que planteamos[24]. Y,

---

22. Sobre la relación de esta norma con la prueba científica *vid.*, Lucena Molina, J. J., Escola García, M. A., Pardo Iranzo, V., «Elementos para el debate sobre la valoración de la prueba científica en España: hacia un estándar acreditable bajo la norma ISO 17.025 sobre conclusiones de informes periciales», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2011.

23. Esta certificación es concedida por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), según parámetros internacionales.

24. Este planteamiento se apoya en la consideración por algunas sentencias de la mayor validez de un método científico desarrollado en un laboratorio homologado. Por todas, *vid.* la STS 731/2014, de 31 octubre (RJ 2014\5646), donde se afirma que «aun cuando el perito Sr. Teófilo extrajo así mismo que en la zona de boca y labios del pasamontañas era coincidente con el perfil genético de Alberto, la Audiencia consideró que el objeto de pericia realizado por los funcionarios de la Unidad Central de Policía Científica, método científico utilizado respecto de cada uno de los productos en las distintas superficies analizadas, ensayos y procedimientos de ensayo que constan reflejados en

al igual que la certificación de personas, lo consideramos exigible tanto para las pruebas científicas propuestas por el juez como para las que aporten las partes[25]. Pretendemos con la inclusión de este criterio de admisibilidad científico-probatoria vertebrar un marco jurídico adecuado, estableciendo mecanismos de control que velen por la homogeneidad y calidad científica y técnica de las pruebas aportadas para la resolución de una controversia[26].

---

sus informes se hallan homologados por el certificado ENAC, y las conclusiones alcanzadas resultan ser más rigurosas que la practicada por el perito Teófilo, cuya metodología no consta homologada», FJ 7º.

25. Del mismo modo, lo aprecia también Prat Westerlindh cuando menciona, entre varios criterios para la introducción de pruebas científicas en el proceso, el hecho de que la prueba deba «estar validada por un organismo oficial (estatal o internacional) o, al menos, reconocida o aprobada por un grupos de investigación serio (Universidades, Institutos de investigación, etc.)». Prat Westerlindh, C., «Nuevos detectores de mentiras y derecho penal», ob. cit., p. 34.

26. Según Lucena Molina, Escola García y Pardo Iranzo, la falta de homogeneidad existente entre los protocolos seguidos por los distintos laboratorios, así como la ausencia de homologación de muchos de ellos es una de las lacras que envuelve a la prueba científica. Lucena Molina, J. J., Escola García, M. A., Pardo Iranzo, V., «Elementos para el debate sobre la valoración de la prueba científica en España…», ob. cit., p. 48.

27 | La efectividad de la derivación de la controversia a la mediación en los juicios familiares en el Estado de Nuevo León, México

Rubinia Teresa Sandoval Salazar
Doctoranda de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL del Doctorado de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos
Asesora Legal del Despacho Fernández Fromow Rivera & Asociados.
Correo: rsandoval@ffr.com

RESUMEN: Este artículo de investigación identifica qué factores pueden impulsar la mediación familiar en sede judicial desde la perspectiva de los abogados litigantes en materia familiar y los jueces familiares en Monterrey, Nuevo León, México, actualmente el impulso de la mediación familiar dentro de los juicios familiares ha sido lenta; este estudio permite dar a conocer resultados de un estudio cualitativo descriptivo realizados a los operadores jurídicos en Monterrey, Nuevo León, México, se define lo que es la mediación familiar y como se encuentra regulado dentro de los proceso judiciales familiares, se identifican los obstáculos que están impidiendo el impulso de la mediación familiar dentro de los procesos judiciales en Monterrey, Nuevo León, México y proponer nuevas formas que permita un efectivo acceso a la derivación de la controversia a la mediación familiar.

PALABRAS CLAVES: Derivación de la controversia, Mediación familiar, Efectividad de la derivación a la controversia.

1. La Derivación de la controversia a la mediación familiar en sede judicial

La mediación familiar es «un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia» (Garcia Villaluenga, 2007, p. 9), la cual busca tener un rol más activo dentro de los procesos judiciales, esto con apoyo de los jueces familiares que tratan de facilitar el acceso de la mediación familiar en sede judicial.

La mediación familiar en sede judicial inicia con la derivación de la controversia por exhortación realizada por el juez familiar, la cual consiste en invita a las partes a que acudan a un Mecanismos Alternativos para la Solución de las Controversias (MASC), con el fin de que las partes traten de llegar a un convenio de mediación, esta forma de invitar a las partes a una mediación familiar esta provocado un bajo impulso de la derivación de la controversia.

El proceso de la derivación de la controversia a la mediación familiar se encuentra regulado por la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León[1] (LMASCNL), y el Código de Procedimientos Civiles en el estado de Nuevo León[2], (CPCNL), así mismos quien le da fuerza de un derecho fundamental es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,(CPEUM)[3] estos preceptos legales en conjunto tratan de garantiza la posibilidad de acceder de forma efectiva a los MASC al momento de iniciar la derivación de la controversia.

La LMASCNL[4] regula la derivación de una controversia, y esta se da, cuando se inicia un proceso judicial y el juez exhorta a las partes a someter su conflicto legal a MASC, en el acuerdo de radicación, o el Juez de forma oral invitan a las partes para que exprese la voluntad de derivar su controversia a un procedimiento de mediación familiar.

El CPCNL establece que las partes tienen el derecho de utilizar MASC, pero esta regulación procesal no facilita el acceso a la derivación de la controversia, ya que no menciona la forma en que debe llevarse la derivación de la controversia y teniendo como consecuencia que las partes tengan un escaso conocimiento de lo que son y cómo funcionan los MASC en la sede judicial.

---

1. Artículo 43. En los procesos contenciosos del orden familiar, preferentemente deberán agotarse los mecanismos alternativos de conciliación y mediación que garanticen los derechos de los menores, incapacitados, así como los derechos inherentes que derivan del matrimonio. Iniciado el procedimiento por la vía jurisdiccional contenciosa del orden familiar, el Juez en el auto de radicación, en caso de que no haya apercibido a las partes de los mecanismos de conciliación descritos en el párrafo anterior, deberá darles vista de los Mecanismos Alternativos previstos en esta Ley, a fin de que si las partes así lo convienen resuelvan su controversia, proveyendo la lista de centros de mediación y conciliación públicos o privados acreditados, así como los facilitadores privados certificados vigentes para que las partes elijan el facilitador respectivo, o en su caso puedan solicitar al Instituto dicho servicio.

2. Articulo 1052. Si asisten las partes, el Juez les propondrá someterse a un mecanismo alternativo, y si están de acuerdo con esta vía, se procederá conforme a la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León.

3. Articulo 17 Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

4. Artículo 13. Para efectos de esta Ley, se entiende por derivada una controversia y solicitado el inicio de un mecanismo alternativo para su atención, bajo cualquiera de los siguientes supuestos: I. Por derivación de una autoridad judicial o administrativa, con relación a una causa formalmente instaurada con excepción de la materia penal (…).

La invitación a los MASC dentro de los procesos judiciales realizada por los jueces familiares se limita en manifestar que existen los MASC y que estos ayudan a las partes a resolver sus conflictos por medio de un convenio de mediación, sin embrago la legislación adjetiva no regula como la invitación de los MASC, debe generar conocimiento sobre el proceso de mediación y no se establece como deben colaborar los operadores jurídicos dentro de los juicios familiares, para poder participar de forma activa y colaborativa para garantizar el efectivo acceso a la mediación familiar en sede judicial.

2. La influencia de los operadores jurídicos frente a la derivación de la controversia a la mediación familiar

Los operadores jurídicos tienen un importante papel frente al impulso de la mediación familiar en sede judicial, ya que los abogados litigantes y los jueces familiares son los principales responsables para persuadir a las partes a que deriven el conflicto a un proceso de mediación familiar, para logar esto, se necesita brindar a las partes información clara y precisa por parte de los operadores jurídicos sobre cómo deben las partes proceder y actuar frente a un proceso de mediación en sede judicial.

En los conflictos familiares por lo general surgen emociones que pueden nublar el objetivo real, que es llegar a una solución justa, algunas veces los clientes exigen a sus abogados hacer todo lo jurídicamente posible para evitar o ejecutar alguna determinada acción, ya sea para obtener una sentencia a favor cueste lo que cueste, o para obstaculizar los procesos para alargar la resoluciones definitivas, aquí es donde el abogado tiene la ética profesional de asesor y conducir su ejercicio profesional siempre velando por el bienestar familiar de los más vulnerables del seno familiar.

Los conflictos familiares en general van más allá de cuestiones pecuniarias, por lo cual la importancia de acudir a la justicia alterna con apoyo del abogado familiar, se requiere de un «profesional del derecho, libre e independiente que defiende los derechos e intereses públicos y privados mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídica» (Díaz Rodríguez, 2014, p. 2) pero también analizando el contexto del conflicto y en base a eso asesore y guie a las partes a su cliente a tratar de resolver el conflicto legal por medio de un proceso de mediación familiar.

Los abogados familiares deben estar conscientes de la importancia de su función social en el entorno familiar, ya que se requiere que su actuar profesional no esté a los caprichos o necedades del cliente en perjuicio del seno familia «ni realizar

acto alguno que estorbe la buena y expedita administración de justicia» (Código Deontológico 14 de la Abogacía Mexicana, 2013, p. 15), el actuar del abogado familiar no debe ir encaminado a litigar un conflicto familiar por litigarlo y cumplir caprichos de las partes, la función social es brindar la mejor asesoría jurídica que le ayude al cliente a resolver la contienda legal y no permitir que las partes se envuelvan y desgasten en una contienda familiar sin fin.

«Los jueces que son las personas titulares del Poder Judicial, que ejercen la función jurisdiccional conforme a los principios de legalidad, unidad, exclusividad y responsabilidad» (Díaz Rodríguez, 2014, p. 2), un juez familiar imparte y administra la justicia en el ámbito familiar velando por los derechos de cada miembro de la familia teniendo cuidado especial con el interés superior de los menores y personas en estado de vulnerabilidad, y estos debe concientizar a los abogados litigantes sobre la importancia de las actuaciones judiciales realizadas durante un proceso para que coadyuven a dialogar y lograr soluciones pacíficas.

Un juez de derecho familiar «ha de conocer cuál es la realidad de la familia que impera en la sociedad en la que opera.» (Díaz Rodríguez, 2014, p. 2), debe de tener conocimiento de derecho, de hecho y de la realidad social del área que juzga, para poder brindar a la sociedad decisiones judiciales efectivas, con la implementación de los MASC en la sede judicial; el juez deben adquirir nuevas aptitudes frente al proceso judicial, en cual permita identificar qué casos son viables para brindar un efectivo acceso a la justicia alterna y con ello contribuir a combatir la resistencia al cambio en la forma de obtener justicia a las familias en conflicto.

Los jueces «han de estar atento a la realidad social e institucional necesariamente cambiante que le rodea» (Malem Seña, Exquiaga Ganuzas, & Andrés Ibañez, 2012, p. 122 y 123). El sistema judicial se encuentra en constante cambio siempre en busca de una eficaz impartición de la justicia, y resulta necesario que los jueces se involucren de forma activa, ya que esta profesión «no puede limitarse al saber jurídico tradicional» (Malem Seña, Exquiaga Ganuzas, & Andrés Ibañez, 2012, p. 123), la sociedad cambia, los modelos familiares cambian y en consecuencia el derecho tiene que cambiar e ir a la par de las necesidades presentes en los conflictos familiares, la forma de canalizar los asuntos por parte de los jueces debe influir para que las partes decidan plenamente continuar con el proceso judicial o persuasión a las partes en aquellos casos donde se considere viable la intervención de los MASC.

Uno de los factores que influye para que los abogados informen y asesoren a sus clientes sobre los MASC son el cobro del honorario, ya que los abogados perciben que se les deja fuera de la mediación, ya que, el pensamiento tradi-

cional de los abogados litigantes es que cobran solo si litigan un asunto, pero esto solo obedece a un pensamiento errado, ya que efectivamente el abogado tiene la función social de litigar y defender los derechos y exigir obligaciones durante un proceso judicial, pero no podemos descartar el hecho que hoy existe un proceso conciliador y que los abogados deben empezar a involucrarse y capacitarse en relación a los MASC.

Los MASC no son nuevos en el ordenamiento jurídico, pero se puede considerar de reciente aplicación en los proceso judiciales en materia familiar, lo que sitúa a la justicia alterna como algo nuevo o diferente para solucionar los conflictos legales, «La innovación tiene un gran valor en el mundo actual y desde luego lo tienen en cuestiones jurídicas» (Carbonell, 2017, p. 64), por lo cual esta nueva forma de resolver los conflictos familiares requiere que los abogados exploren este nuevo nicho de oportunidad que contempla en el sistema judicial.

Los abogados litigantes deben adoptar nuevas funciones en su ejercicio profesional, como brindar asesoría adicional, demostrar a las autoridades judiciales y a la sociedad que su participación como abogado consultor dentro de los procesos de mediación son de gran ayuda y utilidad, aportando y generando a la sociedad soluciones efectivas en un menor tiempo y no por eso significa que conlleve un menor ingreso en el honorario, al contrario se debe valorar el trabajo del abogado como consultor dentro de los proceso de mediación por parte de los jueces familiares y de la sociedad.

Los abogados en materia familiar tienen un fuerte reto, que es lograr influir por medio de sus asesorías legales a sus clientes para elegir las vías de soluciones alternas, haciendo ver que con ayuda del abogado litigante durante el proceso de mediación familiar puede existir una gran posibilidad de obtener soluciones acorde a las necesidades familiares y de forma rápida y creativa, se necesita concientizar que es necesario el actuar de un consultor legal para aconsejar de forma asertiva durante todo el proceso de mediación familiar en sede judicial.

El abogado litigante debe empezar a trabajar en un nuevo perfil de consultor legal, el cual proyecte nuevas formas de resolver el conflicto y «plantear un aumento de honorarios si logramos innovar: me refiero a la oferta de servicios profesionales que otros despachos no tienen o un tipo de respuesta para los problemas de los clientes que otros profesionales no realicen» (Carbonell, 2017, p. 64), debemos ver a la mediación familiar en sede judicial como un nuevo nicho de oportunidad por explorar.

Los abogados litigantes deben «ser flexibles y atentos a la evolución de nuestro campo de trabajo» (Carbonell, 2017, p. 74) la profesión del abogado consiste

estar en un constante estudio, el cual permite estar actualizado en las novedades judiciales, y a su vez, desarrollando nuevas habilidades y competencias, para no quedar como profesionales obsoletos, debemos trabajar fuerte en cada cambio judicial, así como los abogados se prepararon académicamente, por medio de diplomados, cursos y talleres para hacer frente a los juicios orales, lo mismo debe aplicar para conquistar una nueva área de oportunidades que son los MASC en sede judicial.

El juez administra la justicia, aplica la justicia y «el abogado es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración» (Carbonell, 2017, p. 64), ambas figuras son importantes en el desarrollo y crecimiento de la mediación familiar en sede judicial, pero necesitamos la valoración por parte de la autoridad judicial del nuevo rol del abogado como consultor o de colaborador en los juicios derivados a la mediaciones familiares, y los abogados deben transmitir y concientizar la importancia de lo que ofrece la derivación de la controversia.

Los operadores jurídicos tienen todas la facultades y capacidades necesarias para lograr influir positivamente en la voluntad de las partes, para facilitar el acceso a la justicia alterna y por otro lado, los abogados deben participar de forma colaborativa como consultor de la justicia alterna y en la elaboración de una solución efectiva por medio de la mediación familiar en sede judicial, por lo cual se necesita trabajar en conjunto los operadores jurídicos con ayuda del proceso judicial como instrumento para garantizar un efectivo conocimiento de la mediación familiar, y que esto permita el efectivo acceso a la derivación de la controversia en sede judicial.

3. El principio de la accesibilidad procesal frente a la mediación familiar en sede judicial

El proceso judicial es un instrumento utilizado por los abogados litigantes para resolver conflictos legales, los cuales se encuentran regulados por los códigos adjetivos mediante el cual se señalan las reglas y principios que los rigen para hacer valer algún derecho u obligación, «el proceso ha dejado de ser solo una serie de formas y ritos que se plasman en las codificaciones adjetivas estatales, para nutrirse de una serie de principios e instituciones que le dan un sentido humano de protección» (Salina Garza, 2016, p. 13).

«El proceso sirve al derecho: es una herramienta mediante la cual se desenvuelve la jurisdicción, se aplica la ley y los particulares pueden acceder a la justicia» (Salina Garza, 2016, p. 27), se requiere que por medio de los procesos judiciales se permita una eficaz desarrollo del proceso de mediación en base a princi-

pios, reglas y valores con la finalidad de que las partes obtengan por medio del proceso judicial un efectivo acceso a la justicia, «la finalidad ideal que debe perseguir el proceso jurisdiccional es la de solucionar controversias para lograr el equilibrio, la paz y la tranquilidad sociales» (Gómez Frode, 2017, p. 17), los procesos judiciales sirven para llegar a una sentencia y poder hacer valer los derechos y obligaciones de las partes.

Los procesos judiciales son lo que se desarrollan en el ámbito judicial y los procesos alternos son aquellos que se desarrollan en el ámbito de la justicia alterna por medio de los MASC; en los procesos judiciales las partes litigan, y por medio de las pruebas las partes tratan de demostrar ante el juez la verdad legal, lo cual permite obtener una sentencia judicial, en cambio los procesos alternos se desarrollar y se trabajar desde el lado de las necesidades e intereses de las partes, aquí no se trata de demostrar cual parte tiene la razón en un determinado conflicto familiar, los dos procesos tiene en común buscan un orden social.

El sistema judicial debe permita adquirir métodos y estrategias judiciales que rompa con la apatía social frente a los MASC para la obtener una solución pacífica a su conflicto, que permita la integración familiar en base los interese familiares de forma voluntaria, logrando un equilibro social, a través del dialogo entre los miembros de las familias y buscando que la sociedad empiece adoptar nuevas formas de resolver los conflictos familiares en el ámbito legal, en base a valores y principios.

Todos los procesos está regido por principios procesales, la cual comprende ciertas reglas que van encaminadas a brindar un efectivo es el acceso a la justicia, pero menciona (Fairen Guillén, 1992, p. LXI), que «un cumulo de obstáculos lo impide o al menos lo reduce: el acto costo del patrocinio, la onerosidad de la administración de justicia, el burocratismo, la extrema complejidad de los procedimientos, la lentitud», y para combatir esto y propiciar el efectivo acceso a derivación de la controversia se deben aplicar principios que ayuden a eliminar la burocracia, y la extrema complejidad de los procedimientos, y logrando aumentar las derivaciones de las controversias dentro de los juicios familiares.

«El proceso cómo método debe seguir pautas no sólo formales (normas procedimentales), sino que regulen, al menos implícitamente, la actitud ética de sus intervinientes, de ahí que surge el problema de trazar límites a esos imperativos y más concretamente de la conducta específica que debe exigirse a los sujetos procesales sobre la base de estas normas» (González Carvajal, 2015, p. 13 y 14), de modo que al referirme al principio procesal de accesibilidad procesal, se hace alusión al acceso efectivo a la justicia alterna en los juicios familiares.

El acceso a la justicia es un derecho fundamental de los gobernados, que consiste en la posibilidad de ser parte en un proceso para exigir un derecho, pero este derecho humano, va más allá de acudir solo ante una autoridad judicial o administrativa, pues a partir de las reformas de la CPEUM se establecieron que una de las formas de resolver controversias entre gobernados es mediante el ejercicio de los MASC.

De lo anterior se advierte que el acceso a la justicia alterna se encuentra en un mismo plano jurídico, que el acceso a la jurisdicción, o tutela judicial efectiva que «es un derecho humano de trascendental importancia, pues de él depende en gran medida la realización plena del estado de derecho» (Salina Garza, 2016, p. 11), y se deben percibir de forma equiparable, esto cobra sustento con el siguiente criterio: Acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias, como derecho humano. goza de la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del estado, el cual reconoce como derecho humano el resolver los conflictos por medio de los mecanismos alternativos de solución de controversias (Tesis Aislada (Constitucional), 2013).

Es importante que el estado por medio de los tribunales y por conductos de los operadores jurídicos guiándose por la normativa procesal y la ética profesional establezcan formas de acceso efectivos que privilegien los MASC dentro de los juicios familiares, es importante empezar a divulgar el valor intangible de la mediación familiar en la sede judicial, se requiere buscar la forma para dar a conocer los intangibles que ayude a «entenderlos como una nueva manera de visualizar el valor de la mediación de la conciliación» (Gorjón Gómez F. J., 2015, p. 125).

«La Constitución como derecho humano, definitivamente requiere de estrategias y acciones adecuadas y eficaces por parte de las autoridades responsables, a fin de garantizar que las nuevas disposiciones alcancen los fines para los cuales han sido diseñadas» (Nava GonzáLez & Breceda Pérez, 2017, p. 227), por lo cual, se realizó una investigación cualitativa a fin de identificar los actos procesales que pueden ayudar a impulsar de forma efectiva la derivación a la controversia a la mediación familiar.

Se realizó un estudio cualitativo que consistió en 12 entrevistas en el año 2017, los resultados fueron reflejados por medio del análisis del sistema MAXQDA, obtenidas por las respuestas emitidos por los operadores jurídicos, en la cual se midieron dos variables de la Influencia de los abogados litigantes en materia familiar y los jueces familiares y la variable del principio de accesibilidad procesal.

4. El resultado de un estudio cualitativo aplicado a los operadores jurídicos en Monterrey, Nuevo León, México

La primera variable es la de la Influencia de los abogados litigantes en materia familiar y los jueces familiares, frente a la mediación familiar en sede judicial desde la percepción de ambos operadores se codifico en la falta de asesoría legal por parte de los abogados, la falta de información en juzgados por parte del juez, la resistencia del al cambio prefiere los convenios judiciales y la poca confianza a los MASC, en la Figura 1 muestra el resultado de la influencia.

Figura 1. *Influencia de los abogados litigantes en materia familiar y los jueces familiares frente a la mediación familiar en sede judicial*

Fuente: MAXQDA versión 2018.

En la Figura 1. se muestra el resultado arrojado por las doce entrevistas realizadas a los operadores jurídicos dentro de los juicios familiares; se desprende que el primer obstáculo es la falta de asesoría legal por parte de los abogados litigantes, ya que los clientes no son asesorados y no son incitados a que acudan a un mecanismo alternativo, los abogados solo asesorar a sus clientes sobre el proceso judicial, y no toman en cuenta a los MASC a pesar de que es un derecho fundamental de las partes para acceder a una justicia alterna.

El segundo factor que está influyendo negativamente es la falta de información por parte de los jueces familiares durante la invitación para que acudan a un MASC, ya que la invitación no se hace de forma clara y precisa y esto ocasiona que las partes no entendían el funcionamiento de los MASC en sede judicial.

El tercer factor que influye de forma negativa es la resistencia del cambio por parte de los abogados litigantes en materia familiar porque prefieren los procesos judiciales y los convenios judiciales para brindar a las partes una solución legal, que los procesos de mediación y los convenios de mediación.

Los operadores jurídicos menciona que las partes tiene la cultura del litigio y prefieren resoluciones emitidas por los jueces, y en el caso de que las partes lleguen a un arreglo los abogados guían a sus clientes a un convenio judicial; las partes y los abogados sienten más seguridad jurídica celebrando un convenio ante un juez que ante un mediador, por otro lado, los abogados no colaboran con la invitación porque no tiene fuerza dentro del proceso judicial, que deben darle más importancia y obligar a las partes a que acudan por medio de un medidor a una sesión informativa que les explique en que consiste, que brinde información completa que cause interés y confianza a las partes para acudir a un proceso de mediación en sede judicial.

En este apartado se analiza la variable del principio de la accesibilidad procesal desde la percepción de ambos operadores identificando que está impidiendo el efectivo acceso a la derivación de la controversia a la mediación en los juicios familiares, en la Gráfica 2 se muestra la falta de accesibilidad procesal.

Figura 2: *Principio de accesibilidad procesal desde la percepción de los jueces y abogados litigantes en materia familiar.*

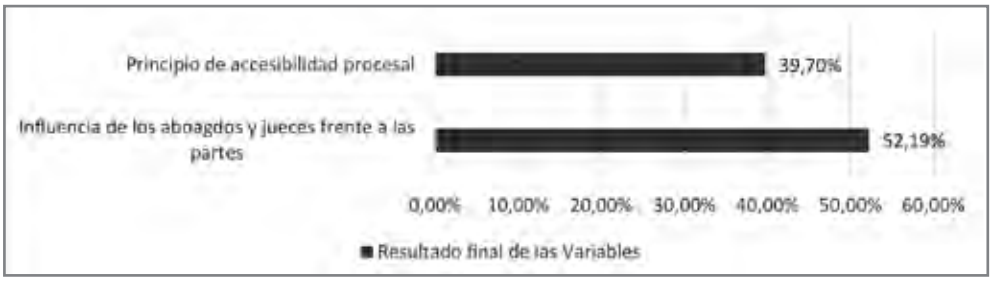
Fuente: MAXQDA versión 2018.

En la Figura 2 se muestra el resultado de doce entrevistas realizadas a los operadores jurídicos en materia familiar; los operadores jurídicos concuerdan que la inaccesibilidad procesal de acudir al proceso de mediación en sede judicial es la falta de funcionalidad del servicio de mediación, y se deben buscar nuevas forma de un efectivo acceso a los MASC, brindar fuerza a la invitación de los MASC y que las citas con los mediadores sean al momento que se les solicite el servicio, optimizando tiempo dentro de los juicios familiares y que la invitación sea atractiva dirigida a las partes y a los abogados para que estos accedan a los MASC y con ello impulsar el efectivo acceso a la justicia alterna en sede judicial.

La variable que se repite con mayor frecuencia que están provocando el bajo impulso de los procesos de mediación en la sede judicial es la influencia negativa de los operadores jurídicos por el escaso conocimiento e interese que ge-

neran en las partes sobre la mediación en la sede judicial, en la Figura 3 muestra el resultado final.

FIGURA 3: *Resultado final de las dos variables desde la percepción de los jueces y abogados litigantes en materia familiar*



Fuente: MAXQDA versión 2018.

En la Figura 3 muestra el resultado final arrojado por las doce entrevistas realizadas a los operadores jurídicos en materia familiar; el factor que más está provocando el bajo impulso de la mediación familiar en sede judicial es la influencia de los abogados y jueces familiares frente a las partes, los jueces familiares manifiestan que la falta de asesoría legal, por parte de los abogados litigantes en materia familiar está causando que las partes no conozcan y no accedan a los MASC.

Los abogados litigantes en materia familiar manifiestan que la principal causa es la falta de información por parte del juez familiar al momento de realizar la invitación de los MASC y ambos operadores jurídicos coinciden que falta difusión y mejorar el funcionamiento de los servicios de los MASC en la sede judicial para impulsar de forma efectiva la derivación de la controversia a la mediación familiar y se debe buscar optimizar los tiempos evitando tramites que obstaculicen el efectivo acceso a la justicia alterna en sede judicial.

Conclusiones

Los resultados obtenidos permiten conocer la opinión de expertos y proponer acciones de mejora en la forma de realizar una efectiva derivación de la controversia, esto con la colaboración de los operadores jurídicos en sede judicial, que permita dar a conocer los intangibles de la mediación familiar a las partes, para darles un valor jurídico como una forma efectiva de resolver los conflictos familiares y garantizar el efectivo impulso de la derivación de la controversia.

De esta investigación identifica los obstaculizando del efectivo acceso a los MASC en sede judicial en materia familiar; la primera causa es la falta de información clara y precisa por parte de los operadores jurídicos hacia las partes sobre lo que MASC en sede judicial.

La información brindada por los jueces familiares no genera conocimiento sobre los beneficios y funcionamiento del proceso de mediación dejando muchas dudas sobre lo que son los MASC, lo cual provoca que las partes no tengan un efectivo acceso sobre el conocimiento de la mediación familiar en sede judicial.

Los abogados litigantes en materia familiar no asesoran legalmente sobre los MASC antes y durante el proceso judicial, el abogado no se siente obligado a informar a las partes sobre la existencia y funcionamiento de los MASC, por lo cual provoca que las partes no se interesan en derivar la controversia a la mediación familiar.

Para impulsar la derivación de forma efectiva se debe empezar a dar fuerza a la invitación de los MASC, brindando información obligatoria sobre lo que consiste el proceso de medición familiar, dotando a la mediación de un valor jurídico en sede judicial, y para esto se requiere de mediadores especializados que informe los intangibles de la mediación familiar para dar valor jurídico y eficacia a los MASC frente a los operadores jurídicos y las partes.

Se debe mejorar el servicio de mediación empezando a tener mediadores adscritos o contar con una planilla de mediadores disponibles en el acto procesal con el objetivo de propiciaría un efectivo acceso a los procesos de mediación en sede judicial, optimizar tiempos jurídicos.

Los abogados deben empezar a adentrarse en la celebración de convenios de mediación como guías o asesores colaboradores durante los procesos de mediación; canalizando a las partes a acceder a una invitación de los mecanismos por parte de un mediador y empieza a colaborar de forma asertiva en buscar soluciones alterativas en beneficio de las verdaderas necesidades de las partes y sus familias y con ello generando una nueva cultura jurídica basada en el dialogo constructivo.

Esta nueva cultura jurídica va encaminada a conocer y entienden los términos legales durante la derivación de la controversia, generando confianza en los convenios de mediación y no solo limitarse a tener acceso al convenio judicial, se requiere que la invitación de los MASC ofrezca un mejor servicio en cuanto a su funcionalidad de forma rápida y eficaz mediante las técnicas del mediador y que brinde información sobre los intangibles de la mediación familiar y concentrar esta invitación en un solo evento evitando las dilaciones procesales.

Deben empezar a trabajar conjuntamente los operadores jurídicos y los mediadores para difundir e impulsar la derivación de la controversia a la mediación familiar, lo cual se logra trabajando en la funcionalidad del servicio de mediación conjunto con el sistema judicial y el apoyo de los colegios de abogados trabajando hacia el efectivo acceso a derivación de la controversia en el sistema judicial debido a que es un derecho fundamental.

Bibliografía

Carbonell, M. (2017). *Los honorarios Profesionales de los abogados*. Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell A.C.

Díaz Rodríguez, P. (2014). *Función Social del Abogado*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas Madrid, Facultad de Derecho. Recuperado el 27 de febrero de 2018, de https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/541/TFG000492.pdf?sequence=1

Fairén Guillén, V. (1992). *Teoría General del Derecho Procesal* (primera ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas.

García Villaluenga, L. (2007). «La mediación familiar: una aproximación normativa». *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas* (20), 78-96. Obtenido de http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222932005.pdf

Gómez Frode, C. (2017). *Manual de Teoría General del Proceso*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.

González Carvajal, J. I. (Mayo de 2015). «Consideraciones generales sobre la buena fe procesal y el abuso procesal». *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal* (3), 27. Recuperado el 26 de febrero de 2018, de https://www.academia.edu/35836939/Buena_fe_procesal_y_abuso_procesal?auto=download&campaign=weekly_digest

Gorjón Gómez, F. J. (2015). «Teoría de la Impetración de la justicia. Por la necesaria ciudadanización de la justicia y la paz». *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*.

Malem Seña, J., Exquiaga Ganuzas, F., & Andrés Ibañez, P. (2012). *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid-México: Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, España y Distribuidora Fontamara.

Nava GonzáLez, W., & Breceda Pérez, J. A. (2017). *Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos: Un acceso a la Justicia Consagrado como Derecho Humano en la Constitución Méxicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 203-22. DOI: http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484881e.2017.37.11457

Salina Garza, J. À. (2016). T*utela Judicial Efectiva, Una Visión Constitucional de la Teoría del proceso*. Ciudad de México: Novum.

Tribunales Colegiados de Circuito. (13 de Octubre de 2013). Tesis Aislada (Constitucional). Acceso a los Mecanismos Alternos de Controversias, como Derecho Humano. Goza de la Misma Dignidad que el Acceso a la Jurisdicción del Estado. Tercer Circuito: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Recuperado el 27 de Febrero de 2017, de http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2004/2004630.pdf.

Universidad Nacional Autónoma de México. (2013). Código Deontológico 14 de la Abogacía Mexicana. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado el 27 de Febrero de 2018, de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3281/7.pdf.

28 | La asunción de la instancia y la práctica del reenvío en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Guillermo Schumann Barragán
Contratado Predoctoral FPU
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

I. Introducción

En los últimos años se ha observado una práctica llevada a cabo por la Sala Primera del Tribunal Supremo (en adelante, el «TS») por la cual, tras la estimación de un recurso de casación, reenvía las actuaciones a la Audiencia Provincial de origen (en adelante, la «AP») para que resuelva sobre el fondo del asunto. Los litigios en los que se suele observar esta práctica tienen como elemento común el hecho de que las sentencias dictadas tanto en primera como en segunda instancia se limitan a apreciar alguna excepción o cuestión material —*v.gr.* la falta de legitimación activa o pasiva, la prescripción o caducidad de la acción— que convierte en innecesario que se lleve a cabo un enjuiciamiento sobre el resto de los elementos que integran el fondo de la cuestión controvertida. Pues bien, cuando el TS en casación revoca la estimación en la instancia de ese tipo de excepciones, se enfrenta a un escenario en el que, ante la inexistencia de un juicio de hecho y derecho, opta por negarse a «asumir la instancia»—i.e. resolver él mismo el recurso de apelación interpuesto en su día frente a la sentencia— y reenvía el asunto a la AP.

El objeto de estas líneas es analizar con algo más de detenimiento este fenómeno, teniendo en cuenta la regulación vigente del recurso de casación civil y su relación con la asunción de la instancia y la práctica del reenvío llevada a

cabo por el TS. Para ello nos proponemos *(i)* examinar la configuración legal de la cuestión en nuestro ordenamiento; *(ii)* realizar un breve estudio de derecho comparado sobre la regulación existente en Alemania, Francia e Italia; y *(iii)* efectuar un análisis crítico de la jurisprudencia del TS.

II. La ausencia de reenvío y la asunción de la instancia en el recurso de casación civil

Como es de sobra conocido, suele decirse que el origen del recurso de casación se encuentra en el *pourvoi en cassation* francés, encomendado a un Tribunal especial, el *Tribunal de cassation*. Este «Tribunal», que no era un órgano jurisdiccional —y, por tanto, tampoco formaba parte del poder judicial—, estaba inspirado en las ideas revolucionarias de la división de poderes y tenía una clara función nomofiláctica de preservación de la ley como expresión de la voluntad popular. [1] En lógica sintonía con esta concepción, su única finalidad era casar la sentencia de instancia y reenviar el asunto a los órganos *jurisdiccionales* para que resolvieran el litigio.[2] Así, el reenvío del asunto era una consecuencia directa de la propia naturaleza y función que se podía predicar tanto del recurso de casación como del órgano al cual se le encomendaba su resolución. Incluso posteriormente, y pese a la progresiva jurisdiccionalización del *Tribunal* hasta su conversión en la *Cour de cassation,* el reenvío de las actuaciones se mantuvo como una característica esencial del recurso de casación.[3]

Dicho esto, si atendemos a la recepción del recurso de casación en nuestro ordenamiento, aunque suele decirse que fue el recurso de segunda suplicación e injusticia notoria el primero con verdadera naturaleza casacional en España, lo cierto es que no es hasta la LEC de 1855 cuando se introduce en nuestro país con la denominación con que ahora lo conocemos el recurso de casación. La LEC de 1855 preveía en su art. 1060[4] una ausencia de reenvío cuando se esti-

---

1. Montero Aroca, J., Flors Matíes. J., *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2014, pp. 779-780.

2. «El *Tribunal de cassation,* en su origen, tuvo una única función, en lo que ahora interesa: casar, sin motivar, las sentencias que contuvieran una contravención expresa al texto de la ley. Sin embargo, dicha imposibilidad se estableció como una auténtica prohibición, como si se pretendiera hacer especial hincapié en que el *Tribunal* no era un órgano jurisdiccional, a pesar de su nombre. Y ya para acabar, una vez casada la sentencia, dentro de un escrupuloso respeto por la división de poderes, el *Tribunal* debía reenviar el asunto a los Tribunales jurisdiccionales para que dictaran la nueva sentencia, que podía volver a ser llevada al *Tribunal de cassation* para que fuera casada otra vez, en caso de haberse dictado de nuevo la sentencia con el mismo contenido. Sólo la tercera vez, el caso ya no era llevado al *Tribunal de cassation*, sino directamente al Legislativo [*référé obligatoire au législateur*]» Nieva Fenoll, J., *El recurso de casación civil*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 26. Montero Aroca, J., Flors Matíes. J., *op. cit.*, p. 783.

3. Montero Aroca, J., Flors Matíes. J., *op. cit.*, pp.786-789. Nieva Fenoll, J., *op. cit.*, p. 28.

4. LEC 1855 art. 1060: «Si el recurso se hubiere fundado en infracción de ley o de doctrina admitida por la jurisprudencia, *dictará el Tribunal a continuación, pero separadamente, sobre la cuestión objeto del pleito, la sentencia que*

maran aquellos recursos basados en vicios *in iudicando*. Esta ausencia de reenvío, como ha tenido ocasión de apuntarse, fue «absolutamente original en la Europa de la época, ha sido una de las características distintivas más notables de nuestra casación, y tiene la virtud de haberse avanzado en más de cien años».[5] Esto conllevó que el TS pasara a tener una auténtica *jurisdicción positiva*.[6] En la posterior LEC de 1881 se mantuvo también la asunción de la instancia por el TS en recursos de casación por vicios *in iudicando.*[7] Es de interés destacar que el art. 1745 de la LEC 1881 establecía que una vez estimado el recurso de casación por motivos de fondo, el TS procedería a dictar «por separado […] la sentencia que corresponda sobre la cuestión objeto del pleito».[8] No es hasta la reforma del recurso de casación efectuada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, cuando se produce una modificación del precepto y se establece que, de estimarse el recurso, el TS resolverá conforme a Derecho la cuestión controvertida «en una sola sentencia».[9]

Nuestra actual LEC dice en su art. 487.2 que la sentencia que resuelva el recurso de casación tramitado para la tutela civil de derechos fundamentales (art. 477.2.1º LEC) o en función de la cuantía (art. 477.2.2º LEC) «confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida». Y, cuando se considere fundado el recurso de casación tramitado por interés casacional (art. 487.3 LEC en relación con el art. 477.2.3º LEC), la sentencia estimatoria «casará la resolución impugnada y *resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda*». De una interpretación literal, parece que la LEC establece una diferencia en el contenido «necesario» de la sentencia estimatoria en función de la modalidad del recurso: el recurso de casación tramitado por interés casacional deberá casar la sentencia y resolver sobre el caso (art. 487.3 LEC); mientras que el resto únicamente deberán casar la sentencia recurrida (art. 487.2 LEC).

> De un estudio del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil[10] y de su tramitación en el Congreso de los Diputados podremos comprobar que, pese al cambio del ordinal —del art. 490 al actual art. 487—, la redacción de la norma no fue objeto de

---

crea conforme a los méritos de los autos y a lo que exigieren la ley o doctrina quebrantadas en la ejecutoria» (énfasis añadido).

5. Nieva Fenoll, J., *op. cit.*, p. 32.

6. Montero Aroca, J., Flors Matíes. J., *op. cit.*, p.794.

7. Para una interesante exposición histórica del recurso de casación en nuestro ordenamiento *vid.* Nieva Fenoll, J., *op. cit.*, pp. 28-38.

8. LEC 1881 art. 1745: «Si el Tribunal estimase que en la sentencia se ha cometido la infracción de ley o de doctrina en que se funde el recurso, declarará haber lugar a él y casará la sentencia, mandando devolver el depósito si se hubiere constituido. *Acto continuo, y por separado, dictará la sentencia que corresponda sobre la cuestión objeto del pleito, o sobre los extremos respecto de los cuales haya recaído la casación*» (énfasis añadido).

9. LEC 1881 art. 1715: «Si se estimare el recurso por todos o algunos de los motivos, la Sala *en una sola sentencia*, casando la resolución recurrida resolverá conforme a derecho» (énfasis añadido).

10. Boletín Oficial de las Cortes Generales. VI Legislatura. Serie A. Núm. 147-1. 13 de noviembre de 1988. p. 105.

modificación durante la tramitación parlamentaria.[11] En el plazo de enmiendas no fue planteada —desde luego, siempre refiriéndonos al recurso de casación por motivos de fondo o *in iudicando*— el reenvío de las actuaciones a la AP.[12] En definitiva, no puede extraerse de los antecedentes legislativos del apartado 2 del art. 487 LEC que el legislador contemplara la posibilidad de que la Sala reenviara las actuaciones a la AP.

La doctrina científica da por supuesto que el TS debe asumir la instancia con independencia de la modalidad casacional que se presente o, dicho en otros términos, que no puede reenviar el asunto a la AP;[13] y, por tanto, que la redacción del art. 487.2 LEC contiene una laguna legal que no faculta al TS en ningún caso a optar por el reenvío.[14] Esta tesis, además, vendría avalada por la propia tradición del recurso de casación en nuestro ordenamiento y, principalmente, por la ausencia de una regulación legal expresa respecto a cómo debe proceder el reenvío al tribunal de instancia.[15]

No obstante, y como se verá, esta diferencia gramatical entre el apartado 2 y 3 del art. 487 LEC ha sido el principal argumento jurídico de nuestro TS para

---

11. En el Borrador de Anteproyecto de la LEC, en cuyo ordinal 491 se encontraba contemplado el precepto, no existía ninguna diferencia —más allá de las referencias normativas— entre el apartado 2 y 3. No se ordenaba en ninguno de los casos que el TS asumiera la instancia. El cambio esencial se produce al pasar del Borrador de Anteproyecto al Proyecto de Ley, cuando se incorpora en el apartado 3 que la sentencia «resolverá sobre el caso». Es claro que el modelo querido y adoptado por el legislador es el relativo a la asunción de la instancia. «Borrador de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil» en *Tribunales de Justicia*, Número especial, Mayo, 1997, p. 103.

12. El Grupo Parlamentario Vasco (Enmienda 996) proponía sustituir los apartados 2 y 3 en uno solo. La motivación de la propuesta era una «mejora técnica». Boletín Oficial de las Cortes Generales. VI Legislatura. Serie A. Núm. 147-9. 26 de marzo de 1999. p. 469. En el mismo sentido, el Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda 453), al plantear la eliminación del recurso extraordinario por infracción procesal, proponía que cuando el recurso de casación se tramitara por motivos de fondo, «la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate» Boletín Oficial de las Cortes Generales. VI Legislatura. Serie A. Núm. 147-9. 26 de marzo de 1999. p. 305. En el Senado tampoco se presentó ninguna enmienda dirigida a plantear el reenvío del asunto. Boletín Oficial de las Cortes Generales. VI Legislatura. Serie II. Núm. 154. 27 de octubre de 1999.

13. Montero Aroca / Flors Matíes sostienen que «[d]e la redacción que se ha dado en la Ley a los apartados 2 y 3 del art. 487, parece como si el contenido del pronunciamiento de la sentencia de casación hubiera de ser diverso, según el motivo que se acoja. […] no puede interpretarse este artículo 487 en el sentido de que, en un supuesto (el del apartado 2), se ejerza por el tribunal de casación una jurisdicción puramente negativa, anulatoria o rescíndete (como lo fuera en sus orígenes en Francia), limitándose a casar la sentencia sin resolver sobre la cuestión objeto del pleito, mientras que en el otro (el del apartado 3) ejerza, además, una jurisdicción positiva, resolviendo sobre el caso debatido» Montero Aroca, J., Flors MATÍES. J., *op. cit.*, p. 1036. En el mismo sentido, Muerza Esparza, J., en Cordón Moreno, F., *et. al.*, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I. Arts. 1 a 516,* Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., pp. 2074-2075. Garberí Llobregat, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y con Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 657. De la Oliva Santos, A., *et. al.*, *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª ed. p. 306. Nieva Fenoll, J., *op. cit.*, p. 324. Serra Dominguez, M., «El recurso de casación en la LEC 1/2000» en *Revista Jurídica de Cataluya*, 2001, núm. 4. pp. 195-200.

14. «Los términos de comparación entre dichos apartados 2 y 3 del artículo 487 son otros. *En ambos casos, si se estima el recurso, se casará la sentencia y se revolverá sobre la cuestión litigio*sa, pero en el último de ellos, en el del interés casacional, además: 1) Se declarará lo que proceda sobre la doctrina jurisprudencial relativa a la correcta interpretación y aplicación de la norma […]» (énfasis añadido) Montero Aroca, J., Flors Matíes. J., *op. cit.*, p. 1036.

15. Nieva Fenoll, J., *op. cit.*, pp. 323-324.

justificar el reenvío del asunto. Y es que es esa falta de previsión expresa —tanto respecto de la asunción de la instancia como, no lo olvidemos, del reenvío del asunto— lo que la Sala interpreta como una auténtica facultad o permiso de hacerlo o no.

III. Un breve apunte de Derecho comparado

Así las cosas, y pese a las limitaciones propias del presente estudio, nos parece de interés hacer una breve referencia a la regulación del reenvío —y la correlativa asunción de la instancia— en países de nuestro entorno. Esto nos permitirá comprender mejor que la ausencia de reenvío en nuestro ordenamiento ha sido —y es— una de las principales singularidades del sistema, así como algunas razones que podrían inspirar la práctica del reenvío llevada a cabo por el TS.

La regulación del «recurso de casación» en *Alemania* prevé, como regla general, que tras la estimación del recurso se reenvíe el asunto al tribunal de apelación (§ 563 I ZPO)[16]. Este último —que podrá tener una composición distinta— se encuentra vinculado por la valoración jurídica derivada de la sentencia estimatoria del recurso (§ 563 II ZPO). Ahora bien, de forma excepcional cuando los hechos son claros y se consideran suficientes para resolver sobre la controversia, existe la posibilidad de que el BGH no reenvíe las actuaciones y decida sobre la controversia asumiendo la instancia (§ 563 III ZPO). Se exige, en definitiva, que la controversia esté lista para ser juzgada —*die Sache zur Endentscheidung reif ist*—.[17]

En el (moderno) recurso de casación en *Francia* se prevé, como norma general, el reenvío de las actuaciones a la instancia (art. 626 CPC). En este caso, se ordena que el reenvío se efectúe a un tribunal distinto del que conoció de la instancia o al mismo con una composición distinta. Es de destacar que en la regulación francesa el reenvío no es automático sino que, por el contrario, son las partes las que deben promoverlo ante el tribunal de instancia en un plazo

16. «Section 563. Referral to a court of lower instance; decision on the merits of the case by the court hearing the appeal on points of law: (1) In the event the judgment is reversed, *the matter is to be referred to the court of appeal*, which is to hear it once again and is to decide on it. The matter may also be referred to another formation of the court of appeal. […] (3) *However, the court hearing the appeal on points of law is to decide on the matter as such if the judgment is reversed only due to a violation of the law, in application of the law to the situation of fact as established, and if in light of said situation the matter is ready for the final decision to be taken*. […]» (énfasis añadido). Traducción al inglés disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html

17. Jauernig, O., Hess, B., *Manual de Derecho procesal civil* (trad. de Roig Molés, E.) Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2015, pp. 440-441; GOTTWALD, P., «El recurso ante el Tribunal Supremo Federal Alemán tras la reforma de 2001» en Ortells Ramos, M. (coord.), *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008, p. 113; Nieva Fenoll, J., *op. cit.*, pp. 57-59.

determinado.[18] De forma excepcional, la *Cour de cassation* podrá excluir el reenvío y asumir la instancia cuando, partiendo de los hechos probados, «*l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie*» (art. 627 CPC en relación con el art. L411-3 del Código de Organización Judicial)[19]. Sin embargo, la excepcionalidad del reenvío es tal que se calcula que solo en el 4% de los asuntos la instancia es asumida por la *Cour.*[20]

En *Italia* el reenvío se encuentra regulado en el art. 383 del CPC.[21] En su sentencia casacional, la Corte deberá enunciar el «*principio di diritto*» (art. 384 CPC) que vinculará al tribunal de instancia en la resolución del asunto.[22] Como en el caso francés, el reenvío no es automático y debe ser instado por las partes en el plazo de tres meses desde la publicación de la sentencia. Por último, se prevé de forma excepcional que se asuma la instancia cuando no sean necesarias ulteriores averiguaciones o valoraciones sobre los hechos —*decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto*— (art. 384 CPC).

En definitiva, podemos concluir que en los países de nuestro entorno la regla general tras la estimación de un recurso de casación por motivos de fondo o *in iudicando* es el reenvío de las actuaciones al tribunal de instancia. Solo de forma excepcional, las modernas legislaciones europeas permiten la asunción de la instancia por parte del tribunal casacional. Aunque varían los estándares o criterios para permitir la asunción de la instancia de un ordenamiento jurídico a otro, es común la idea de que será posible cuando exista el suficiente enjuiciamiento fáctico —material y valoración probatoria— que conlleve que solo sea necesaria una operación intelectiva de subsunción de los hechos en la norma jurídica.[23]

---

18. Cadiet, L. «El sistema de la casación francesa» en Ortells Ramos, M. (coord.), *op. cit.*, p. 44, nota 49.

19. Art. L411-3 del Código de Organización Judicial: «La Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond. Elle peut aussi, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie […]».

20. Cadiet, L. *op. cit.*, pp. 43-45.

21. Art. 383 del CPC: «La Corte […] rinvia la causa ad altro giudice di grado pari a quello che ha pronunciato la sentenza cassata […]».

22. Nieva Fenoll, J., *op. cit.*, pp. 48-49.

23. En todo caso, y como puede deducirse, la adopción del reenvío de las actuaciones genera la necesidad de regular varias cuestiones: *(i)* si el reenvío es automático o debe ser instado por las partes y el plazo en el que debe ser instado; *(ii)* la composición del tribunal de instancia que volverá a conocer del asunto; *(iii)* el alcance de la vinculación del tribunal de instancia a la sentencia casacional; *(iv)* el ámbito objetivo de la (nueva) instancia; *(v)* la alegación de nuevos hechos o fundamentos jurídicos; *(vii)* los recursos extraordinarios que eventualmente se podrán interponer frente a la nueva sentencia, entre otras cuestiones. El reenvío es una opción legislativa posible, pero su adopción debe estar acompañada de una serie de normas procesales que lo hagan operativo en la práctica.

IV. El Recurso de Casación en España y la asunción de la instancia: el enjuiciamiento negativo y positivo del TS

El recurso de casación en nuestro ordenamiento se ha caracterizado tradicionalmente[24] —y se caracteriza en nuestra actual LEC—por la ausencia de reenvío. O, dicho en términos positivos, en que tras la estimación de un recurso de casación el TS debe asumir la instancia y resolver sobre la cuestión controvertida.

Cuando el TS estima un recurso de casación la sentencia de la AP es casada y, por ello, desaparece del ordenamiento jurídico. La labor casacional es aquella que le da verdadero sentido a la función nomofiláctica del recurso de casación. Mediante esta *jurisdicción negativa* el TS expulsa de la vida jurídica aquella resolución que infringe la ley material. Sin embargo, la asunción de la instancia es una labor distinta a la casacional. Es un trámite absolutamente diferenciado y diferenciable del recurso de casación.[25] A través de ella, el TS se constituye en un auténtico tribunal de instancia[26] y ejerce una *jurisdicción positiva*.[27] Esto es, dice el derecho respecto al caso concreto. La distinta naturaleza, función y labor encomendada al TS nos permite afirmar que al asumir la instancia «en este momento ya no hace funciones de casación, sino de auténtico tribunal de instancia».[28] El TS deja de actuar como órgano casacional y se convierte en órgano de apelación.[29]

---

24. La ausencia de reenvío en nuestra casación «ha sido motivo de profundo orgullo entre nuestra doctrina y, además, ha sido característica de modernidad y madurez de nuestra casación, puesto que solo en estos momentos […] están empezando los legisladores europeos a suprimir el renvío en el caso de estimación de motivos *in iudicando*, sencillamente por considerar que constituye una miserable pérdida de tiempo en muchos casos. En realidad, a mi juicio, se trata de un anacronismo proveniente de la época en que el *Tribunal de cassation*, como ya se relató, no era un órgano jurisdiccional. Y si no lo era, resultaba impensable que pudiera dictar una sentencia, inmiscuyéndose en la labor del Poder judicial. Pero superada esa fase historia, se hace muy difícil entender por qué ha sobrevivido el reenvío» (Nieva Fenoll, J., *op. cit.*, p. 71).

25. De hecho, la existencia o exclusión del reenvío no cambia o afecta a la naturaleza y función del recurso de casación en un ordenamiento concreto. Nos encontramos, en definitiva, ante una cuestión de (mera) política legislativa que suele justificarse por criterios de economía procesal y por ser una solución que se muestra más acorde con el carácter jurisdiccional del TS. En este sentido, Nieva Fenoll, J., *op. cit.*, pp. 71-72 y Guasp, J., Aragoneses, P., *Derecho procesal Civil. Tomo II. Parte especial: procesos declarativos y de ejecución*¸ Civitas, Madrid, 7ª ed. 2006, p. 535.

26. Guasp, J., Aragoneses, P., *op. cit.*, p. 535.

27. Montero Aroca, J., Flors Matíes, J., *op. cit.*, p. 1036.

28. Nieva Fenoll, J., *op. cit.*, p. 87.

29. «Si el recurso de casación es estimado […] hace que la Sala del Tribunal Supremo asuma la doble función de tribunal de casación y de tribunal de apelación: la labor propiamente casacional […] la llevará a cabo casando o anulando la resolución judicial recurrida; la de tribunal de instancia, en cambio, resolviendo el fondo del litigio mediante la aplicación de la ley, con el sentido y alcance que el mismo tribunal ha dado al realizar el auténtico cometido casacional. Ambas funciones, aunque se realicen en una sola sentencia, son, en esencia, distinta, y no deben por ello confundirse […] [e]l hecho de que se ejerciten en una misma sentencia no altera la naturaleza de ambas funciones que siguen siendo ontológicamente diferentes». Gimeno Sendra, V. (dir.), *et. al. Proceso Civil Práctico. VI. Artículos 448 a 516.,* La Ley, Madrid, 3ª ed., p. 447. Igualmente se ha afirmado que «la hipótesis de la resolución favorable a la casación lleva consigo que en la misma sentencia se resuelva sobre el fondo, con el carácter de fallo de instancia pero atribuido al propio Tribunal Supremo» Guasp, J., Aragoneses, P., *op. cit.*, p. 535.

Es imprescindible entender esta distinción ya que ello tiene consecuencias prácticas directas en la labor del TS. Cuando se estima el recurso de casación y el TS se constituye en auténtico tribunal de instancia *(i)* cambia su objeto de enjuiciamiento —pasa a ejercer *jurisdicción positiva* y a resolver el recurso de apelación interpuesto en su día frente a la sentencia de primera instancia— y *(ii)* al asumir la instancia desaparecen todas aquellas limitaciones —principalmente, respecto de la valoración probatoria— que la Sala tenía al ejercer su labor casacional.[30] Solo teniendo clara esta diferencia ontológica y funcional pueden entenderse algunas soluciones —y confusiones— del TS. Y es que la mayoría de los problemas que han surgido en torno a la asunción de la instancia en la jurisprudencia se deben justamente a la falta de claridad y confusión con su labor casacional.

> La falta de diferenciación entre el enjuiciamiento negativo y positivo puede deberse, en primer lugar, al hecho de que desde que se estableció en 1984 (*vid. supra*) que ambas funciones se realizarán en la misma sentencia, se produjo una auténtica «confusión».[31] La segunda razón se debe al propio objeto del recurso de casación. Según los criterios de admisión del TS, la infracción de ley material que se alegue debe ser directamente relevante para el fallo atendiendo a la *ratio decidendi* de la sentencia.[32] Por tanto, lo normal es que la resolución del recurso de casación influya directamente en el fallo de la sentencia recurrida. Por ello, tras el extenso despliegue argumentativo llevado a cabo en lo que propiamente es su labor casacional, el TS al asumir la instancia se limita a extrapolar lo dicho y estima el recurso de apelación interpuesto en apenas unas líneas. Sucede, sin embargo, que este esquema general o «normal» no se reproduce en todos los casos. Y es justamente en esta clase de litigios en los que se puede apreciar con mayor claridad la labor de enjuiciamiento positivo del TS.

Al asumir la instancia la Sala debe resolver el recurso de apelación interpuesto en su día frente a la sentencia de primera instancia.[33] Y ello con independencia de la parte que lo hubiere presentado. No es inusual que el TS resuelva el recurso de apelación de la parte recurrida en sede casacional (STS 102/2016)[34] e,

---

30. Nieva Fenoll, J., *op. cit.*, p. 87.

31. Gimeno Sendra, V. (dir.), *et. al., op. cit.*, p. 447. En este mismo sentido Morón Palomino, M., *La nueva casación civil*, COLEX, Madrid, 2001, p. 222.

32. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

33. STS núm. 68/2016 de 16 febrero [RJ 2016\56]: «La estimación del recurso determina que esta Sala, asumiendo funciones de instancia, se pronuncie sobre las pretensiones contenidas en la demanda, en los términos en que han sido mantenidas en el recurso». En el mismo sentido la STS núm. 224/2016 de 8 abril [RJ 2016\1232].

34. STS núm. 102/2016 de 25 febrero [RJ 2016\1514]. En este litigio sobre contratación bancaria, tras la estimación del recurso de casación interpuesto por el cliente, la Sala afirma que «[a]sumida la instancia, debemos resolver el recurso de apelación interpuesto por «Caixa Catalunya» contra la sentencia de primera instancia».

incluso, que estime su recurso (STS 563/2010).[35] O, por el contrario, que estime el recurso de casación del recurrente en sede casacional y que, al asumir la instancia, desestime su recurso de apelación (STS 452/2015)[36]. Además, este cambio en el objeto de enjuiciamiento puede producir que al asumir la instancia, la Sala deba pronunciarse sobre acciones o excepciones que quedaron imprejuzgadas en la instancia o que no fueron objeto del recurso de casación (STS 23/2015).[37] Este fenómeno que a veces genera cierta confusión en la Sala lo denominamos el falso *per saltum*.

El segundo de los aspectos —probablemente el que mayor interés tiene y confusión crea— es el relativo a la valoración probatoria al asumirse la instancia. Es conocido que el TS no puede cambiar la valoración probatoria en sede casacional. Sucede, sin embargo, que no es inusual encontrar supuestos en los que el TS, al asumir la instancia, valore parte del material probatorio no valorado por los tribunales de instancia o, incluso, que critique o modifique las valoraciones realizadas (STS 161/2018 o 227/2018)[38]. Esta (aparente) contradicción, no es más que una manifestación de la doble función que en nuestro ordenamiento tiene el TS. Con absoluta rotundidad y claridad la STS 371/2017 afirma que «[a]l actuar como órgano de instancia en la resolución del recurso de apelación, la sala tiene facultades plenas de revisión no solo de las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso, sino también de las fácticas, pudiendo realizar

35. La STS 563/2010 de 28 de septiembre [RJ 2010/7146] estima el recurso de casación interpuesto por el demandado y, al asumir la instancia, estima el recurso de apelación interpuesto es su día por el demandante lo que conllevó, finalmente, la estimación de la demanda.

36. STS núm. 452/2015 de 16 julio [RJ 2015\2781]: «debe casarse en parte la sentencia de la Audiencia Provincial en tanto que esta consideró caducada la acción del demandante respecto de todas las conductas que en su demanda alegaba como determinantes de la intromisión en su derecho al honor, y consecuentemente debe estimarse también en parte el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que consideró caducada la acción, *la demanda debe ser desestimada pues aunque la acción no estaba caducada respecto de determinadas actuaciones de las demandadas, tales actuaciones no pueden ser consideradas vulneradoras del derecho al honor*» (énfasis añadido).

37. STS núm. 23/2018 de 17 enero [RJ 2018\161]: «la posible caducidad de la instancia siguió planteada en segunda instancia y que en esta vía casacional no se hace un planteamiento *per saltum*». En el mismo sentido la STS núm. 653/2016 de 4 noviembre [RJ 2016\520]: «[l]a formulación de una serie de pretensiones subsidiarias en la demanda, sobre las que los órganos de instancia no se pronunciaron al haber sido estimada la primera pretensión, obliga a examinarlas y resolverlas». O la STS 386/2018 núm. 386/2018 de 21 junio [RJ 2018\2913]:«[a]l asumir la instancia debemos dar respuesta en primer lugar a la excepción de caducidad de la acción que fue opuesta por la demandada en su contestación a la demanda. El juzgado desestimó la demanda por razones de fondo, por lo que la demandada no impugnó la sentencia, pero la alegación de tal excepción, que quedó imprejuzgada, subsiste en la apelación».

38. En este sentido la STS núm. 161/2018 de 21 marzo [RJ 2018\1152] sostiene que en la instancia: «se efectúa una valoración jurídica en torno a la no existencia de error que no puede ser aceptada». En términos similares la STS núm. 227/2018 de 18 abril [RJ 2018\1751]: «la sala discrepa de la valoración de la prueba realizada por la sentencia apelada y considera que no ha quedado probado que la demandante recibiera una información adecuada sobre los riesgos de la inversión». La STS núm. 44/2018 de 30 enero [RJ 2018\288] al estimar el recurso de casación y asumir la instancia afirma que el primer motivo del recurso de apelación que debe analizarse es el relativo «al error en la valoración de la prueba que ha llevado a la juzgadora a quo a entender que ha existido error invalidante de consentimiento».

una revisión plena de la valoración de la prueba, sin estar constreñida por las estrictas limitaciones que en esta materia son propias».[39]

Por último, y para el tema que ahora centrará nuestra atención, esta libertad en la valoración probatoria ha sido también utilizada por el TS para resolver la cuestión controvertida en aquellos supuestos en los que, como consecuencia de la estimación de alguna excepción o cuestión material en la instancia, carece de todo enjuiciamiento de hecho o derecho sobre el fondo del asunto [STS (Pleno) 492/2017][40].

En definitiva, podemos concluir sin ningún género de dudas que la asunción de la instancia por parte del TS es, por mucho, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico; siendo, como veremos, excepcionales los reenvíos a los tribunales de apelación.

V. La práctica del reenvío: un análisis crítico de la jurisprudencia del TS

Así las cosas, y pese a la actual —y tradicional— exclusión del reenvío en nuestro sistema casacional, en la jurisprudencia más reciente del TS podemos encontrar algunos casos en los que se ha acudido a esta práctica (SSTS 87/2018 y 579/2018)[41]. Aunque, desde luego, esta debe considerarse la excepción, nos parece imprescindible analizarla, máxime como consecuencia del reciente cambio jurisprudencial del TS (STS 89/2018)[42] referido al *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de la acción por error en ciertos contratos suscritos por consumidores, que permite predecir un aumento exponencial de este fenómeno.

Aunque existen algunos ejemplos anteriores, suele citarse como referente del reenvío la STS (Pleno) 285/2009[43]. En este litigo tramitado —debe destacarse ya— para la tutela civil del honor (art. 477.2.1º LEC) se estimó el recurso de casación por entender que no se encontraba caducada la acción (art. 9 de la LO 1/1982). Sin embargo, y ante la inexistencia de todo juicio fáctico y jurídico sobre la cuestión controvertida, se acordó «devolver las actuaciones al tribunal

---

39. STS núm. 371/2017 de 9 junio [RJ 2017\3149].

40. STS (Pleno) núm. 492/2017 de 13 septiembre [RJ 2017\3755]. En esta sentencia, tras apreciarse tanto en primera como en segunda instancia la falta de legitimación activa de la parte demandada —en el supuesto de autos Gibraltar— el TS asume la instancia, valora la prueba y entra de lleno en el fondo de la cuestión.

41. STS núm. 87/2018 de 15 febrero [RJ 2018\473] y STS núm. 579/2018 de 17 de octubre [ECLI:ES:TS:2018:3555].

42. STS 89/2018 de 19 de febrero [RJ 2018\539].

43. STS (Pleno) núm. 285/2009 de 29 abril [RJ 2009\2902].

de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas por los dos recursos de apelación». La justificación, según indica la sentencia, es que esa solución «no aparece excluida en el texto del citado art. 487.2 LEC, que para los recursos de casación de los números 1º y 2º del apdo. 2 de su art. 477 se limita a disponer» la confirmación o casación de la sentencia; y que, en caso de no procederse de esa forma, el asunto quedaría privado «de la segunda instancia y esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba».

El reenvío se justifica con base en la laguna legal del art. 487.2 LEC. Hemos razonado (*vid. supra*) en qué medida debe rechazarse este argumento. De una interpretación literal, histórica y teleológica no puede admitirse que el art. 487.2 LEC sea un «permiso» o «facultad» para efectuar el reenvío. Si realizamos una interpretación sistemática podemos comprobar que, como suele suceder en aquellos países que adoptan esta opción legislativa (*vid. supra*), no existe ninguna otra norma en nuestro ordenamiento del que se pueda inferir el reenvío.[44] La justificación legal se acompaña de otra, si se quiere, de carácter técnico: la desnaturalización del recurso de casación y la imposibilidad de efectuar una valoración probatoria «plena». Los argumentos deben ser rechazados. El primero, porque la existencia o no de reenvío no afecta o «desnaturaliza» en absoluto la función casacional: la asunción de la instancia y el recurso de casación son dos funciones ontológica y funcionalmente distintas. Y en todo caso, de existir esa (supuesta) desnaturalización, estaría presente en todos aquellos recursos en los que, por ser la norma general, se asume la instancia. Tampoco es correcto afirmar que el asunto quedara «privado» de la segunda instancia porque, como se ha dicho, esta sería asumida por la Sala. En cuanto a la limitación de la valoración probatoria, se ha explicado ya que esta es predicable únicamente de la función casacional y, por lo tanto, que cuando el TS asume la instancia y se comporta como una auténtica AP no tiene ningún obstáculo que le impida valorar el material probatorio y formarse su propio juicio de hecho.

---

44. Es de interés destacar que, ante la inexistencia de cualquier norma procesal que regule el reenvío —lo que sí sería realmente una auténtica laguna legal— el TS suele afirmar que el tribunal de instancia está directamente vinculado por la sentencia casacional —ello en sintonía con lo establecido en las legislaciones alemana, francesa e italiana—y que, «tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente» [STS núm. 87/2018 de 15 febrero [RJ 2018\473]. En el mismo sentido la STS núm. 708/2016 de 25 noviembre [RJ 2016\5742], STS núm. 97/2015 de 24 febrero [RJ 2015\946], STS núm. 899/2011 de 30 noviembre [RJ 2012\1641], STS núm. 149/2011 de 3 marzo [RJ 2011\2622] de lo que se deduce que la sentencia podrá ser nuevamente objeto de un recurso de casación. Quedan, sin embargo, numerosas cuestiones sin resolver. ¿El tribunal de apelación debe tener la misma composición o, por el contrario, puede o debe tener una composición distinta? ¿Podrían alegarse hechos nuevos o de nueva noticia? ¿Un cambio en la jurisprudencia del TS impondría la obligación de apartarse de la doctrina establecida en la sentencia casacional que adoptó el reenvío?

No hay, en definitiva, ninguna limitación que le impida resolver la cuestión ni desnaturalización alguna de su función principal.

En todo caso, parece que la razón principal del TS para acordar el reenvío suele ser que la absoluta inexistencia de «juicio de hecho y de derecho sobre la cuestión»[45] le impediría resolver el fondo del asunto. Sin embargo, este tampoco es un argumento válido. El TS tendrá las mismas posibilidades de emitir el juicio de hecho o derecho que en su caso tenga la AP. El único problema real sería que el TS carezca de material probatorio suficiente para formularlo. No obstante, ese tampoco es un problema —y en todo caso, de serlo, lo tendría en la misma medida la AP—. En primer lugar, la alegación de cualquier excepción o cuestión material que, en su caso, llevara a los tribunales de instancia a no entrar sobre la cuestión controvertida, no conlleva que las partes no desplieguen su actividad probatoria. Así, por ejemplo, si el demandante solicita que se declare la existencia de error y el demandado alega la caducidad de la acción, lo normal será que, con independencia de lo que se resuelva en sentencia, el demandante pruebe —y el demandado se oponga a— aquellos hechos constitutivos del error. Por ello, con independencia de que exista un juicio de hecho o derecho sobre la cuestión, el TS tendrá el material probatorio necesario para llevarlo a cabo.[46] Y, de no tenerlo, el litigio debe ser resuelto de conformidad con las reglas de la carga de la prueba.[47]

El último argumento que debe llevarnos a rechazar el reenvío se debe a que, lo que inicialmente y en algunos casos fue amparado en la laguna legal del art. 487.2 LEC, en la actualidad se ha vuelto una práctica *contra legem*. El referido precepto —que no contempla expresamente la asunción de la instancia —se refiere única y exclusivamente a aquellos recursos de casación tramitados para la tutela civil de derechos fundamentales (art. 477.2.1º LEC) y en función de la cuantía (art. 477.2.2º LEC). Ha sido justamente en el seno de ese tipo de recursos en los que nació la justificación del reenvío en base a la (supuesta) laguna

45. STS núm. 87/2018 de 15 febrero [RJ 2018\473]. Y, en el mismo sentido, la STS núm. 708/2016 de 25 noviembre [RJ 2016\5742], STS núm. 97/2015 de 24 febrero [RJ 2015\946], STS núm. 44/2011 de 11 febrero [RJ 2011\223], STS núm. 621/2009 de 7 octubre [RJ 2009\5504], STS núm. 899/2011 de 30 noviembre [RJ 2012\1641], STS núm. 621/2009 de 7 octubre [RJ 2009\5504], entre otras.

46. Como se ha expuesto, en más de una ocasión el TS ha realizado una valoración *ex novo* de la prueba practicada creando su propio juicio de hecho. Por todas la STS (Pleno) núm. 492/2017 de 13 septiembre [RJ 2017\3755].

47. De hecho, esta es la solución que suele adoptarse en la mayoría de litigios sobre contratación bancaria en los que el TS asume la instancia y se pronuncia sobre la existencia del error. Como consecuencia de la presunción jurisprudencial relativa a la existencia de error, en todos aquellos casos en los que la Sala no considera probado el cumplimiento de los deberes de información por parte de entidad bancaria, el TS considera concurrente el error —en algunos casos, con base únicamente en la prueba documental existente en autos—. En este sentido las STS núm. 451/2018 de 17 julio [RJ 2018\2969], STS núm. 228/2018 de 18 abril [RJ 2018\1752], STS núm. 386/2018 de 21 junio [RJ 2018\2913] o STS núm. 202/2018 de 10 abril [RJ 2018\1410], entre otras.

legal.[48] Sin embargo en la actualidad, y como consecuencia de una reiteración inadvertida y, en todo caso, difícilmente aceptable del TS, en recursos de casación admitidos por interés casacional (art. 477.2.3º LEC) se suele acordar el reenvío justificándolo —de forma consciente o inconsciente— en el art. 487.2 LEC.[49] Este planteamiento es incorrecto por cuanto el interés casacional nos sitúa directamente en el art. 487.3 LEC que, sin ningún género de dudas, determina la obligación legal de que el TS «resuelv[a] sobre el caso» —i.e. que asuma la instancia—.

VI. Conclusiones

(i) El reenvío o la asunción de la instancia es una decisión de política *legislativa* que no afecta en absoluto a la naturaleza del recurso de casación. En todo caso, una eventual adopción del reenvío debería acompañarse de una regulación procesal completa que abordase las cuestiones que pudieran surgir y lo volviera operativo en la práctica (*v.gr*., en relación con la composición del tribunal al que se devuelvan los autos). *(ii)* La asunción de la instancia —i.e. la ausencia de renvío— ha sido, desde su nacimiento, una de las características fundamentales del recurso de casación en nuestro ordenamiento. Por ello, el TS asume dos funciones: un enjuiciamiento negativo y positivo. Existe una diferencia ontológica y funcional entre ambas. La Sala, al asumir la instancia, se comporta como un auténtico tribunal de instancia, cambia su objeto de enjuiciamiento y desaparecen aquellas limitaciones sobre valoración probatoria existentes al llevar a cabo su labor casacional. *(iii)* Se ha observado en los últimos años un fenómeno por el que el TS, ante la inexistencia de un enjuiciamiento de hecho y derecho sobre cuestión litigiosa, reenvía las actuaciones al tribunal de instancia. Esta práctica se justifica, principalmente, en la redacción del art. 487.2 LEC y en la (supuesta) desnaturalización del recurso de casación. Los argumentos deben ser rechazados.

---

48. Las STS núm. 340/2010 de 24 mayo [RJ 2010\3714], STS núm. 621/2009 de 7 octubre [RJ 2009\5504] STS núm. 149/2011 de 3 marzo [RJ 2011\2622] tramitadas en función de la cuantía (art. 477.2.2º LEC). O las STS núm. 899/2011 de 30 noviembre y STS núm. 899/2011 de 30 noviembre [RJ 2012\1641] sobre tutela civil de los derechos fundamentales (art. 477.2.1º LEC)

49. STS núm. 708/2016 de 25 noviembre [RJ 2016\5742]; STS núm. 97/2015 de 24 febrero [RJ 2015\946], STS núm. 872/2009 de 18 enero [RJ 2010\1401], STS núm. 621/2009 de 7 octubre [RJ 2009\5504] y la reciente STS núm. 579/2018 de 17 de octubre [ECLI: ES:TS:2018:3555].

29 | Falta de prueba del derecho extranjero: respuesta ordinaria y respuesta que procede en supuestos excepcionales[1]

Julio Sigüenza López
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Murcia

1. En una primera aproximación, puede decirse que la actividad probatoria tiene como principal propósito convencer al juez de la verdad de una afirmación, o fijar ésta como cierta a los efectos de un proceso. Versa, por tanto, sobre las alegaciones en que las partes hayan fundado sus respectivas pretensiones.

2. De ello se deduce, al menos con carácter inicial, que las razones normativas —es decir, los fundamentos de derecho— que estas hayan aducido en apoyo de sus peticiones no precisan ser probadas. Lo que obedece a que, en nuestro derecho, rige la máxima *iura novit curia*, que, rectamente entendida, supone que los jueces conocen el derecho aplicable y, por ende, es innecesario que los litigantes acrediten su contenido.

3. Sin embargo, tal conclusión es solo aparente. Pues, por razones operativas y de carácter práctico, se entiende que el referido aforismo solo cubre las normas escritas, internas y de índole general. Y, en consecuencia, que, en determinadas ocasiones, cuando no cumplan dichos caracteres, será preciso probarlas para que puedan ser tenidas en cuenta a la hora de dictar sentencia.

1. El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2017-86575-R) e integrado en la Red Temática «Justicia civil: análisis y prospectiva» (DER2016-81752-REDT).

Esto es propiamente lo que sucede con las normas foráneas, que, cuando son alegadas como fundamento de una pretensión, sea cual sea esta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 281.1 de la LECiv, deben ser probadas en lo que respecta a su vigencia y contenido[2].

4. Ello no significa, y es conveniente resaltarlo, que el derecho extranjero tenga la misma consideración procesal que los hechos. Pues, si así fuera, solo podría aplicarse si las partes lo alegasen, y su toma en consideración dependería, por entero, del éxito o fracaso de su justificación, lo que no es cierto. El derecho extranjero es extranjero, sí, pero es derecho. Y, en consecuencia, debe aplicarse, con independencia de que lo aleguen o no los litigantes, si, en virtud de alguna norma de conflicto imperante en nuestro país, ha de tenerse en cuenta para dirimir algún conflicto suscitado ante nuestra jurisdicción.

Lo que en verdad implica es que el juez no tiene la obligación de conocerlo —lo contrario, supondría exigirle un conocimiento enciclopédico del derecho, que dista mucho de ser posible—; que si lo conoce, independientemente de cómo haya adquirido dicho conocimiento, está obligado a aplicarlo; y que, determinado que resulta aplicable, al menos en nuestro derecho, los jueces tienen la facultad de realizar todas aquellas actividades de investigación que consideren pertinentes para procurarse el conocimiento debido del ordenamiento foráneo aplicable.

5. La reciente Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC, en lo sucesivo), reafirma dichas consideraciones al significar, en sus artículos 33 a 36, que:

a) la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero se sujeta a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia, norma —esta última— que, en su artículo 282, dispone que las pruebas se practicarán a instancia de parte y que, por tanto, permite entender que la justificación de los extremos antes mencionados corresponde a quien invoque la aplicación del derecho foráneo.
b) los tribunales determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para intentar acreditar los extremos antes mencionados de acuerdo con las reglas de la sana crítica;

---

2. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no se refiere a otras clases de normas que también pueden ser objeto de prueba, como el derecho histórico —que puede tener que ser tenido en cuenta para la resolución de un caso, pero cuyo conocimiento, por razón de su antigüedad, requiere una formación especializada—o el derecho estatutario —derecho elaborado con poder normativo, pero que no se publica en el boletín oficial del Estado, ni en el de las comunidades autónomas, derecho, este último que sí debe ser conocido por los jueces y magistrados que desarrollen su tarea jurisdiccional en el territorio de las mismas—.

c) con carácter excepcional, cuando no haya podido probarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, podrá aplicarse el derecho patrio;
d) ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles; y
e) la información del derecho extranjero puede venir referida al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, así como a cualquier otra información jurídica relevante.

6. Dicha ley es notable, además, por lo que se dispone en su prefacio. Pues, en el apartado V de su Preámbulo, se reconoce que, durante décadas, y de forma constante y uniforme, la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo dio una respuesta a la cuestión de qué procede hacer cuando el que viene obligado a ello no acredita la vigencia del derecho extranjero que carecía de sustento normativo y que, desde luego, no era la única posible.

7. Dicha conclusión, no por conocida, resulta menos transcendente.

De un lado, porque no pocos autores defendieron, con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley 29/2015, que la tesis de nuestro más alto tribunal, salvo en materia de garantías constitucionales, consistente en aplicar con carácter subsidiario el derecho español, era la más adecuada a nuestro sistema de justicia[3].

De otro, porque, a tenor de lo que se dispone en dicha norma, parece evidente que ello no es así, que dicho aserto solo es válido con carácter excepcional y, en consecuencia, únicamente en supuestos insólitos, extraordinarios, en modo alguno en los que pueden ser calificados de habituales u ordinarios.

8. Sin perjuicio de que, más adelante, expongamos la respuesta que, a nuestro juicio, procede en estos últimos, para entender debidamente el régimen jurídi-

---

3. Así, por ejemplo, Cuartero Rubio, quien, tras señalar que «la desestimación de la demanda no produce efecto de cosa juzgada»; que, «en el mejor de los casos, la desestimación obliga a un nuevo proceso, lo cual no parece que se concilie con el principio de economía procesal»; y que «el art. 24 CE impone una obligación de resultado: ofrecer una decisión sobre el fondo que ponga fin al proceso», concluye que «La aplicación de la lexfori como solución de reemplazo no tiene defensa desde una «perspectiva conflictual» pero si se observa desde una «perspectiva procesal» es la propuesta que mejor cumple lo que se espera de una solución de reemplazo: cierra la crisis procesal y permite continuar el proceso sirviendo a la tutela judicial efectiva y al derecho al proceso debido por encima de otras consideraciones» (Mª. V. Cuartero Rubio, «Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva». En: *Derecho privado y Constitución,* 2000, número 14, pp. 21-62. ISSN 1133-8768).

co previsto en esta materia resulta preciso tener en cuenta que, en el mencionado apartado V del Preámbulo de la Ley 29/2015, el legislador señala:

— que «En materia de prueba del Derecho extranjero, no se estima conveniente alterar el sistema español vigente tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pero se considera prudente especificar que, cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, *podrá* aplicarse el Derecho español» (la cursiva es nuestra);
— que «Se ha buscado de este modo incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios»;
— y que «Debe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. Además, han de respetarse los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas, por referencia, por ejemplo, a la normativa de protección de consumidores y usuarios, así como a la registral civil».

9. En consecuencia, de conformidad con dicho texto, y con lo dispuesto en los artículos 12.6 del Código Civil y 281 de la LECiv, es decir, con lo previsto en los tres cuerpos normativos que regulan la aplicación del derecho extranjero en nuestro sistema de justicia, cabe concluir:

— que nuestro derecho no establece el deber de que los jueces conozcan el derecho extranjero, ni siquiera de que lo investiguen, con la salvedad que más adelante se comentará, ni tampoco el deber de que las partes colaboren con el tribunal en su averiguación;
— que el derecho extranjero no requiere ser alegado, puesto que las normas de conflicto que determinan su aplicación deben ser observadas de oficio (véase lo previsto en el artículo 12.6 de nuestro Código Civil). Lo que los litigantes deben alegar son los elementos de extranjería que constituyen el supuesto de hecho de dichas reglas;
— que, en nuestro sistema, las partes tienen la carga de acreditar el derecho extranjero que consideren aplicable para resolver las cuestiones discutidas por los litigantes y los jueces, a su vez, la facultad de realizar cuantos actos de averiguación consideren pertinentes y útiles para procurarse el debido

conocimiento del ordenamiento foráneo (lo que implica averiguar no solo su contenido, sino también si se encuentra vigente y cuál es su recta interpretación, según los tribunales del país de que se trate)[4]. Por tanto, el derecho extranjero debe ser probado.

10. El problema surge, como es obvio, cuando, una vez sentado lo anterior, la parte que tiene la carga de acreditar el contenido y vigencia de un derecho distinto al nuestro no lo hace, o lo hace de un modo insuficiente.

11. En tales casos, debe ponderarse si ello es debido a la voluntad, o, en su caso, a la negligencia de aquel a quien incumbe la tarea de probarlo, o, si por el contrario, es consecuencia de razones ajenas a la intención y deseo de este. Ya que, a nuestro parecer, ambas posibilidades requieren respuestas diversas.

12. En el primer caso, por las razones que más adelante se dirá, la solución más correcta, a nuestro juicio, pasa por desestimar la pretensión interesada por quien, dándose dichas circunstancias, solicite un concreto pronunciamiento jurisdiccional (ya sea a favor de la acción interpuesta, ya sea a favor de la excepción alegada)[5].

En el último, sin embargo, habida cuenta su singularidad, la respuesta debe ser forzosamente distinta.

---

4. En tal sentido, el ATSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de 28 de septiembre de 2016 (AC 2016, 1745), Pte. Sr. Santos Vijande, dispone: «Cumple recordar que es jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación; cierto, empero, que el tribunal no queda constreñido, como sucede en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Así lo permite el inciso final del art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que supone una flexibilización de las limitaciones, derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho extranjero fuera tratado, a todos los efectos, como un hecho. Ahora bien, con idéntica reiteración ha declarado la Sala Primera que el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal. No puede alegarse como infringido el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque el tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero [por todas, SSTS 287/2015, de 20 de mayo, FJ 2 (roj STS 3159/2015), 198/2015, de 17 de abril, FJ 7 (roj STS 1868/2015) y 528/2014, de 14 de octubre, FJ 2 (roj STS 5567/2014]».

5. No es esta, sin embargo, la única solución posible. Pues, sin ánimo de exhaustividad, también se han defendido que se inadmita la demanda a trámite; que se retrotraigan las actuaciones procesales para que el actor pueda presentar su demanda conforme al derecho extranjero, a fin de que pueda practicarse prueba contradictoria sobre el mismo y, posteriormente, dictarse la sentencia que proceda con arreglo a aquel; que se aplique de oficio el derecho foráneo; que se aplique el derecho más próximo a aquel cuyo contenido se desconoce; que se apliquen los principios generales del derecho; que se aplique la norma que parezca más probable que rija en el ordenamiento extranjero; y que se aplique sustitutivamente el derecho patrio. Un detenido análisis de las más destacadas puede encontrarse en el muy brillante trabajo de A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, «La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles». En: *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 54, núm. 2, Bilbao, julio-diciembre de 2006, *passim*. ISSN 0423-4847.

13. No es este, sin embargo, el criterio de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo, que, de forma constante y unánime, sostiene —sin matiz alguno— que la consecuencia de la falta de prueba del derecho extranjero es la aplicación subsidiaria del derecho español[6].

Así lo ha declarado en numerosísimas resoluciones[7], significando además, en las que ha dictado en los últimos años, que este es también el criterio expresado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 155/2001, de 2 de julio, en la que manifiesta que dicha solución «es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 CE, que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige».

La tesis que patrocina nuestro más alto tribunal, salvo en materia de garantías constitucionales, se fundamenta, por tanto, en dos principales argumentos:

De un lado, en la idea de que el derecho español tiene competencia residual para regular cualquier cuestión de derecho privado. De modo que, si no es posible aplicar el ordenamiento foráneo que, de conformidad con las normas de conflicto, debe tenerse en cuenta, procede aplicar el derecho patrio.

De otro, en la convicción de que, con dicha solución, se ofrece la respuesta fundada en derecho que, a su entender, resulta más respetuosa con el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la CE.

14. Sin embargo, a nuestro parecer, dicha conclusión es rechazable por varias razones. Entre otras, las siguientes.

— En primer lugar, porque desconoce el carácter imperativo de las normas de conflicto recogido en el artículo 12.6 del Código Civil, al que antes nos re-

---

6. Respuesta que se corresponde con la que proporcionan otros países jurídicamente cercanos, como el italiano, que —todo sea dicho— regula esta materia de modo distinto a como se hace en nuestro país, que, en el artículo 14 de la Legge 31 maggio 1995, n. 218, que lleva por rúbrica Conoscenza della legge straniera applicabile, dispone:
«*1. L'accertamento della legge straniera e compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate.*
2. Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana».

7. Véanse, entre otras, las SSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 11 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3758), Pte. Sr. López Vilas; 27 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9907), Pte. Sr. Montés Penadés; y 4 de julio de 2007 (RJ 2007, 4937), Pte. Sr. Sierra Gil de la Cuesta. Y, entre las más recientes, las de 17 de abril de 2015 (RJ 2015, 1350), Pte. Sr. Saraza Jimena, y 20 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2460), Pte. Sr. Orduña Moreno), así como el ATS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 22 de marzo de 2017 (JUR 2017, 74529), Pte. Sr. Salas Carceller.

ferimos, que impone a los tribunales españoles la obligación de aplicar las normas de este tipo que vengan determinadas por nuestro derecho interno.

— En segundo término, porque impide que pueda conocerse, con anterioridad al inicio de un proceso jurisdiccional, cuál será el derecho que aplicarán nuestros tribunales para resolver un conflicto jurídico en el que deban aplicarse normas de derecho internacional privado. Ya que, de acuerdo con esta tesis, ello dependerá del resultado de la prueba en cada proceso y, por tanto, de un criterio aleatorio y contingente, lo que comporta una notable inseguridad jurídica y resulta incompatible con la certeza que, en cualquier país civilizado, el Estado ha de ofrecer a los ciudadanos acerca de lo que está permitido, ordenado o prohibido por el poder público.

— En tercer lugar, y en directa relación con lo que acaba de apuntarse, porque puede dar lugar a que, en distintas contiendas judiciales en relación con una misma relación jurídica, se apliquen ordenamientos jurídicos distintos, en función de que se acredite o no la vigencia y contenido del derecho extranjero aplicable, lo que no es razonable y resulta difícil de entender[8].

— También, porque puede dar lugar a sentencias incongruentes por *extra petitum*. Ya que, si los tribunales han de resolver los asuntos civiles sin apartarse de los fundamentos de hecho o de derecho que las partes hayan hecho valer, aun cuando pueden utilizar sus conocimientos jurídicos para, dentro de ese marco, decidirlos conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (artículo 218.1, III de la LECiv), parece evidente que no se respetará dicha exigencia —que no se impone caprichosamente, sino que es coherente con el principio dispositivo o de justicia rogada y se requiere para que el tribunal no sorprenda a ninguno de los contendientes con decisiones sobre cuestiones que no hubiesen podido debatir, causándoles indefensión— si el proceso se resuelve con arreglo a un ordenamiento jurídico distinto al alegado y discutido por los pleiteantes[9].

---

8. Así lo pone de relieve, con gran claridad, el voto particular formulado por el magistrado don Luis Gil Suárez a la STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 4 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 1056), Pte. Sr. Gullón Rodríguez, al que se adhirieron los magistrados don Mariano Sampedro del Corral y don Manuel Iglesias Cabero. Dicha tesis es considerada acertada por J. Mª. Galiana Moreno, «Apuntes sobre el tráfico laboral externo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». En: *El estatuto de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado don Antonio Martínez Valverde* (Joaquín García Murcia, director), Ed. Tecnos, Madrid, 2015, pp. 79 a 92, especialmente, p. 82. ISBN 978-84-309-6560-1.

9. Los términos de comparación para determinar si una resolución es o no congruente no solo son la parte dispositiva de la sentencia y las peticiones contenidas en la demanda o contestación (o, en su caso, además, en la ampliación de la demanda y en la reconvención). También han de tenerse en cuenta los antecedentes de hecho y los fundamentos jurídicos de la primera; la fundamentación fáctica y jurídica de las segundas (y, eventualmente, como antes se apuntó, de la ampliación de la demanda y de la reconvención); y las alegaciones y pretensiones complementarias que, en su caso, se hayan formulado en la audiencia previa del juicio ordinario.
A este respecto, la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 12 de julio de 2012 (RJ 2012, 8026), Pte. Sr. Gimeno-Bayón Cobos, establece —con absoluta claridad— que: «el deber de congruencia que impone el artículo 218 de la Ley de

— En quinto término, porque favorece estrategias procesales fraudulentas por parte de aquellos litigantes que, interesados en que se aplique el derecho español, y no el derecho foráneo que, de acuerdo con la norma de conflicto, resulte aplicable, no invoquen éste, o lo hagan, pero sin intentar acreditar su vigencia y verdadero contenido; estratagemas, cualquiera de ellas, que no son aceptables y que, en modo alguno, pueden ser amparadas, ni facilitadas. Si una norma de conflicto determina que el derecho aplicable para resolver un pleito es el de otro país, y no el nuestro, esa conclusión imperativa no puede alterarse por la conducta que adopten los litigantes, ya que ello convertiría en disponible lo que no lo es, favorecería conductas torticeras como las que acaban de apuntarse y podría dar lugar a que se resolviese el pleito de modo distinto a como se decidiría si se aplicase la legislación que, en rigor y buenos principios, debería tenerse en cuenta[10].
— Así mismo, porque, hasta la entrada en vigor de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, de 30 de julio de 2015, no existía en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que autorizase la aplicación del derecho patrio cuando no fuese posible acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero que debía tenerse en cuenta[11]. De donde resulta que la solución mantenida durante décadas por nuestro Tribunal Supremo ha carecido, hasta fechas bien recientes, del necesario sustento normativo, lo que, desde luego, constituye un absoluto desafuero. Muy probablemente habrá quien considere que la aprobación de dicha ley y la solución que en ella se refiere resuelve definitivamente la cuestión y pone fin a los problemas que estamos analizando. Sin embargo, no es así: dicha impresión es un mero espejismo. Pues, si se lee con atención lo previsto en el artículo 33.3 de dicho texto normativo, enseguida se advertirá que dicha conclusión solo se prevé **«con carácter excepcional»**, no para todos los supuestos. Lo que obliga a distinguir aquellos a los que, *excepcionalmente*, deba aplicarse dicha regla y aquellos otros que, por no dicho carácter, deban

---

Enjuiciamiento Civil no sólo exige la adecuación de la parte dispositiva de las mismas a las pretensiones de las partes, sino también el respeto a la causa de pedir entendida como fundamento jurídico-práctico de las peticiones deducidas en el proceso, de tal forma que el deber de conocer el Derecho y de juzgar conforme al mismo que a los Jueces y Tribunales impone el artículo 1.7 del Código Civil, no siempre permite la aplicación de la norma material que el juzgador entiende adecuada para la decisión del caso, ya que no puede apartarse de la causa de pedir dada la indefensión que derivaría de dar a quien pide lo que justamente le corresponde pero por causa diferente a la alegada. Del propio modo, a salvo supuestos de orden público, tampoco permite desestimar lo pretendido por causas diferentes a las alegadas por la demandada y que no pudieron ser desvirtuadas por la demandante».

10. De ahí que no pueda aceptarse la tesis mantenida en la SAP de Madrid, Sección 28, de 15 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:13812), Pte. Sr. Gómez Sánchez, de que, estando acreditado que la demandante no había hecho esfuerzo alguno por acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero —en este caso, la legislación inglesa—, procede aplicar la legislación española, no desestimar la demanda.

11. Así lo reconoce con palmaria sinceridad el legislador en el apartado V del Preámbulo de dicha ley, donde se afirma: «No se especificaba hasta la fecha qué había que hacer en aquellos supuestos en los que el Derecho extranjero no haya podido probarse».

resolverse de otro modo: del modo previsto *con carácter ordinario* en nuestro derecho.

— Y, finalmente, porque no es cierto que esta solución sea respetuosa con el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva[12]. Pues, como ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones[13], «el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonable, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la sustanciación del proceso». Es decir, no cualquier respuesta, sino aquella que, siendo razonable y encontrándose motivada, esté fundada en nuestro derecho y sea congruente con las pretensiones deducidas por las partes durante la sustanciación del pleito, requerimientos que, obviamente, no se cumplen si el juzgador aplica un criterio que no se encuentra amparado por nuestro ordenamiento jurídico —y no lo está si dicha solución solo se prevé con carácter excepcional y, por tanto, no ordinario (cfr. el artículo 33 de la LCJIMC)— y no es consecuente con las pretensiones deducidas por las partes en los momentos procesales oportunos para ello.

15. A nuestro juicio, la solución que, en estos casos, opta por acordar la desestimación de la demanda es la más acertada. Y tanto en aquellos supuestos en los que quien solicite una concreta tutela jurisdiccional fundamente aquella en el derecho español, pese a existir una norma de conflicto que obliga a aplicar un ordenamiento extranjero, hipótesis en la cual dicha conclusión deviene obligada, como en aquellos otros en los que, habiéndose argumentado con arreglo a un derecho foráneo, no se proponga prueba para acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero, en los que, por identidad de razón, el tratamiento ha de ser el mismo.

Y ello por varias razones.

— En primer término, porque, en situaciones normales, los tribunales españoles no pueden aplicar de oficio el derecho extranjero (cfr. los artículos 282 y 218.1, II de la LECiv), ni, como ya se ha dicho, aplicar subsidiariamente el derecho español. De un lado, porque no existe previsión normativa que ampare dicha posibilidad. De otro, porque nuestros tribunales están obligados a aplicar de oficio las normas de conflicto que deban tenerse en cuenta en nuestro país. Por lo que, si alguna de ellas determina la aplica-

---

12. Sobre el contenido de este derecho fundamental puede consultarse: J. Sigüenza López. En: *Sistema judicial español*, 6ª edición, Ed. Laborum, Murcia, 2017, pp. 198-202. ISBN 978-84-946595-1-5.

13. Véanse, por todas, las SSTC —Salas Segunda y Primera, respectivamente— núms. 186/2001, de 17 de septiembre (RTC 2001, 186), Pte. Sr. Jiménez Sánchez; y 218/2004, de 29 de noviembre (RTC 2004, 218), Pte. Sr. Pérez Tremps.

ción de un derecho distinto al nuestro para resolver un determinado conflicto jurídico, es este el que ha de aplicarse, no el nuestro, que, por lo demás, como antes se apuntó, puede prever una solución jurídica diferente a la de aquel que, en rigor y buenos principios, procede administrar. De ahí que sea muy acertado que los tribunales pueden valerse de cuantos medios de averiguación estimen convenientes para verificar su vigencia y exacto contenido.

— En segundo lugar, porque refuerza la seguridad jurídica, toda vez que determina que, si una norma de conflicto existente en nuestro ordenamiento jurídico obliga a aplicar un derecho extranjero, será éste el único que, si se acredita su vigencia y contenido, podrá aplicarse.

— Asimismo, porque este planteamiento evita las maniobras procesales torticeras a que antes hicimos referencia y favorece que, quien solicite la tutela de los tribunales para la resolución de un litigio, que, de acuerdo con nuestra legislación, deba resolverse conforme a un derecho distinto al nuestro, haga todo lo posible —todo lo que esté a su alcance— para acreditar el contenido y vigencia del mismo. Esta conclusión parece aún más evidente si se tiene en cuenta que la regla *iura novit curia* implica que, si bien, con carácter general, el derecho no ha de ser probado, sí debe acreditarse cuando ningún juez o magistrado tiene la obligación de conocerlo, que es lo que, propiamente, sucede con la costumbre y el derecho extranjero.

— Y, finalmente, porque es una solución plenamente respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la CE[14], que, como antes señalamos, exige de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonable, motivada, fundada en derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la sustanciación del proceso. Y la desestimación de la demanda, en los supuestos antes mencionados, sin duda lo es, tal y como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, al significar que se trata de «una aplicación razonada y razonable de la legalidad ordinaria aplicable al caso»[15].

---

14. Así lo admite nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia número 155/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 155), Pte. Sr. Jiménez Sánchez, en la que, no obstante, hace constar que le parece más respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la CE la que aplica con carácter sustitutorio el derecho español.
Sin embargo, no se trata de una opinión unánime entre los magistrados que integran dicho tribunal, como lo acredita el voto particular suscrito por don Vicente Conde Martín de Hijas a la STC 33/2002, de 11 de febrero, en el que señaló: «Esto sentado, no veo cómo la desestimación de una demanda porque la legislación invocada como fundamento de la misma no se considera aplicable al caso y porque la que lo es, al ser derecho extranjero, no se ha probado por la parte que debiera haberlo hecho, pueda considerarse que vulnera el art. 24.1 CE. Por el contrario, estimo que una Sentencia (Sentencias en este caso, del Juzgado de lo Social y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia) de tal contenido satisface en términos irreprochables el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión».

15. ATC de 4 de noviembre de 2004 (RTC 2004, 422), Pte. Sra. Casas Baamonde.

16. En consecuencia, por las razones que se acaban de señalar, entendemos que, si un litigante fundamenta su tesis en el derecho patrio, y no invoca, ni acredita, la vigencia, contenido y recta interpretación de las normas extranjeras que, de acuerdo con una norma de conflicto, deban ser tenidas en cuenta para resolver la cuestión de fondo que se dirime ante la jurisdicción, ésta debe dictar sentencia desestimatoria de su pretensión. Y que idéntica resolución ha de adoptarse en aquellos supuestos, ciertamente inusuales, pero no necesariamente insólitos, en los que invoque el derecho extranjero que ha de aplicarse, pero, por razones solo achacables a él, no llegue a justificar debidamente los extremos anteriormente reseñados.

En ambos casos la solución es razonable y justa. Pues desestimar una pretensión porque la legislación invocada como fundamento de la misma no se considera aplicable, o porque la que lo es, al ser derecho extranjero, no se ha acreditado en los términos que exige la ley, es una respuesta ajustada a nuestro ordenamiento y satisface en términos irreprochables el derecho fundamental a ser tutelado judicialmente de forma efectiva, sin indefensión, derecho fundamental que, en ningún caso, conviene insistir en ello, comprende el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, ni, menos aún, una sentencia acorde con las pretensiones interesadas por las partes, sino «una resolución fundada en derecho»[16].

17. La solución debe ser forzosamente distinta, sin embargo, como antes apuntábamos, cuando la falta de prueba del derecho extranjero no es consecuencia de la negligencia o falta de interés del que tiene la carga de acreditarlo. Pues, en tal caso, a nuestro entender, cabe exigir a los órganos judiciales una activa participación en la verificación del contenido y vigencia del derecho extranjero, así como en la averiguación de cómo se interpreta por los tribunales de su país de origen. De lo contrario, podría verse afectado el derecho de las partes a ser tuteladas de forma efectiva en sus derechos e intereses legítimos por los tribunales de justicia.

Téngase en cuenta que se trata de supuestos en los que la aplicación de un derecho distinto al nuestro deviene debida por imposición de nuestro propio ordenamiento jurídico; que las partes se ven imposibilitadas de acreditar lo que la ley les demanda por causas ajenas a su voluntad; y que el artículo 281.2 de la LECiv faculta a los órganos judiciales para emplear cuantos medios de averiguación consideren necesarios para su aplicación. Por lo que no procurarlo de forma efectiva, pudiendo hacerlo, y concurriendo dichas circunstancias,

16. *Vid.*, entre otras muchas, las SSTC núms. 108/2002, de 6 de mayo (RTC 2002, 108), Pte. Sra. Casas Baamonde, y 8/2014, de 27 de enero (RTC 2014, 8), Pte. Sr. Valdés Dal-Ré.

podría tener relevancia constitucional a la luz de lo dispuesto en el artículo 24.1 de nuestra Ley Fundamental[17].

18. Y si pese a todo, es decir, si pese a esa conducta proactiva de los órganos de justicia, no es posible determinar el contenido del derecho extranjero que ha de aplicarse, o si las normas que se conocen del mismo se encuentran vigentes, o cuál es la autorizada interpretación que de las mismas hacen los tribunales de su país de su origen, no quedará más opción que aplicar el derecho patrio, solución excepcional prevista en el artículo 33.3 de la LCJIMC, que el legislador contempla, así, como cláusula de cierre en esta materia.

19. La conclusión de lo antedicho es evidente. Resulta preciso huir de posiciones acríticas en esta materia y matizar en qué casos la falta de prueba del derecho extranjero debe determinar la aplicación de nuestro derecho y en qué otros, por el contrario, procede desestimar la pretensión interesada por quien solicite una concreta tutela jurisdiccional. Es hora, pues, de analizar cada supuesto concreto y dar en cada caso la solución más acorde con nuestras leyes, huyendo por tanto de una interpretación errónea de lo que dispone nuestro ordenamiento, que, contrariamente a lo que señalan algunas Audiencias Provinciales y otros órganos jurisdiccionales, no prevé, siempre y en todo caso, que la consecuencia de la falta de prueba del derecho extranjero sea la aplicación del derecho español *ex* artículo 33.3 de la LCJIMC[18]. Pues, como hemos subrayado en este trabajo, dicho precepto solo prevé esta solución con carácter excepcional, no ordinario.

Es preciso, pues, acometer dicha tarea, y hacerlo con prontitud y pedagogía, distinguiendo los distintos supuestos posibles y las distintas soluciones que merecen cada uno de ellos. El Tribunal Supremo y la doctrina científica deben marcar el camino.

---

17. Véase a este respecto la STC de 17 de enero de 2000 (RTC 2000, 10), Pte. Sra. Casas Baamonde.

18. *Vid.* SAP de Tarragona, Sección 1ª, de 28 de junio de 2018 (JUR 2018, 250450), Pte. Sr. Niño Estebanez.
En igual sentido, por referir tan solo algunas sentencias dictadas en el presente año 2018, pueden consultarse la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, de 19 de enero de 2018 (JUR 2018, 204269), Pte. Sr. Lorenzo Bragado, que critica la decisión del juez que conoció en primera instancia de desestimar la demanda por falta de pruebas del derecho extranjero, significando que, conforme a sólida doctrina jurisprudencial, y, a tal fin, cita sentencias anteriores a 2004, la solución jurídica más correcta pasa por aplicar el derecho patrio; la SAP de Asturias, Sección 5ª, de 7 de febrero de 2018 (AC 2018, 1335), Pte. Sr. Casero Alonso; la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, de 26 de febrero de 2018 (JUR 2018, 203956), Pte. Sr. Cobo Plana; la SAP de Barcelona, Sección 17ª, de 12 de abril de 2018 (JUR 2018, 115217), Pte. Sra. Borguño Ventura; la SAP de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 3 de mayo de 2018 (JUR 2018, 188476), Pte. Sr. Oliver Koppen; la SAP de Barcelona, Sección 16ª, de 13 de julio de 2018 (JUR 2018, 210007), Pte. Sra. Rallo Ayezcuren; y la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 15 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:13812), Pte. Sr. Gómez Sánchez. Todas ellas siguen sistemáticamente, sin considerar ni reflexionar sobre lo que se dispone en el artículo 33.3 de la LCJIMC, la doctrina señalada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias de 17 de abril de 2015 y 20 de mayo de ese mismo año.

Resoluciones citadas

Tribunal Constitucional

STC de 17 de enero de 2000 (RTC 2000, 10), Pte. Sra. Casas Baamonde.
STC de 2 de julio de 2001 (RTC 2001, 155), Pte. Sr. Jiménez Sánchez.
STC de 17 de septiembre de 2001 (RTC 2001, 186), Pte. Sr. Jiménez Sánchez.
STC de 11 de febrero de 2002 (RTC 2002, 33), Pte. Sr. Jiménez Sánchez. Voto particular suscrito por don Vicente Conde Martín de Hijas.
STC de 6 de mayo de 2002 (RTC 2002, 108), Pte. Sra. Casas Baamonde.
ATC de 4 de noviembre de 2004 (RTC 2004, 422), Pte. Sra. Casas Baamonde.
STC de 29 de noviembre de 2004 (RTC 2004, 218), Pte. Sr. Pérez Tremps.
STC de 27 de enero de 2014 (RTC 2014, 8), Pte. Sr. Valdés Dal-Ré.

Tribunal Supremo

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 11 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3758), Pte. Sr. López Vilas.
STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 27 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 9907), Pte. Sr. Montés Penadés.
STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 4 de julio de 2007 (RJ 2007, 4937), Pte. Sr. Sierra Gil de la Cuesta.
STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 12 de julio de 2012 (RJ 2012, 8026), Pte. Sr. Gimeno-Bayón Cobos.
STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 17 de abril de 2015 (RJ 2015, 1350), Pte. Sr. Saraza Jimena.
STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 20 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2460), Pte. Sr. Orduña Moreno.
ATS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 22 de marzo de 2017 (JUR 2017, 74529), Pte. Sr. Salas Carceller.
STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 4 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 1056), Pte. Sr. Gullón Rodríguez. Voto particular formulado por don Luis Gil Suárez.

Tribunales Superiores de Justicia

ATSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de 28 de septiembre de 2016 (AC 2016, 1745), Pte. Sr. Santos Vijande.

Audiencias provinciales

SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, de 19 de enero de 2018 (JUR 2018, 204269), Pte. Sr. Lorenzo Bragado.
SAP de Asturias, Sección 5ª, de 7 de febrero de 2018 (AC 2018, 1335), Pte. Sr. Casero Alonso.
SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, de 26 de febrero de 2018 (JUR 2018, 203956), Pte. Sr. Cobo Plana.

SAP de Barcelona, Sección 17ª, de 12 de abril de 2018 (JUR 2018, 115217), Pte. Sra. Borguño Ventura.
SAP de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 3 de mayo de 2018 (JUR 2018, 188476), Pte. Sr. Oliver Koppen.
SAP de Tarragona, Sección 1ª, de 28 de junio de 2018 (JUR 2018, 250450), Pte. Sr. Niño Estebanez.
SAP de Barcelona, Sección 16ª, de 13 de julio de 2018 (JUR 2018, 210007), Pte. Sra. Rallo Ayezcuren.
SAP de Madrid, Sección 28ª, de 15 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:13812), Pte. Sr. Gómez Sánchez.

30 | La inadmisión del amparo por motivos formales supone la inadmsión de la demanda ante el TEDH: ¿Nulidades procesales desprovistas de protección en Estrasburgo?

Dra. Estela Yélamos Bayarri
Profesora Asociada de Derecho Procesal de la Universitat Pompeu Fabra
Abogada en ejercicio

I. Objeto de este trabajo

El tema de este trabajo es fruto de una coincidencia. Me propuse la redacción, ya con la premura de los plazos, de una comunicación con ocasión de la celebración del *IV Memorial Manuel Serra Domínguez. Jornadas Internacionales de derecho procesal. El enjuiciamiento civil y penal, hoy.* Siendo el Profesor Serra un experto en nulidades procesales, como en tantas otras cosas, quise tratar de nuevo algún tema relacionado con vulneración de garantías procesales con trascendencia constitucional, que, para el caso, entiendo, es lo mismo que la nulidad procesal.

En paralelo, se me encomendó una sesión en un Postgrado de Derecho Comunitario que justamente versaba sobre el requisito del agotamiento de los recursos domésticos o internos antes como requisito de admisibilidad de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Descubrí, muy a mi pesar, que en principio, la resolución inadmisoria del recurso de amparo ante Tribunal Constitucional por problemas formales (entre otros, la falta de agotamiento de la vía ante el Poder Judicial) aboca a la inadmisión ante el Tribunal de Estrasburgo, también por falta de agotamiento de la vía previa.

La inadmisión en el Tribunal Constitucional por falta de agotamiento de la vía previa o por alargamiento artificial del plazo es un riesgo elevado cuando las

vulneraciones invocadas lo son de derechos procesales (nulidades cualificadas desde un punto de vista constitucional, insisto), pues la legislación procesal vigente no aclara las vías a agotar antes de llegar al amparo y las existentes confunden al justiciable. En consecuencia, el riesgo de inadmisión ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es muy elevado también. La anterior constatación y sus consecuencias motiva este breve estudio.

II. Condiciones de admisibilidad de las demandas individuales ante el TEDH

Desde el Protocolo 11 al CEDH[19], es posible que el propio ciudadano de uno de los 47 Estados miembros del Convenio presente su demanda individual ante el Tribunal de Estrasburgo. Debe hacerlo, eso sí, con determinados requisitos, entre los que se encuentra el agotamiento de los recursos internos.

El acceso a una decisión de fondo ante el TEDH no es tarea sencilla. Por todos es sabido que la gran mayoría de demandas ante este Tribunal quedan inadmitidas, igual que son inadmitidas la gran mayoría de demandas de amparo ante el Tribunal Constitucional. Concretando los datos, según las estadísticas del TEDH relativas al último año cerrado, en 2017 fueron inadmitidas el 92% de las demandas interpuestas, 70.356 demandas. En relación a España, se admitieron sólo un 4%[20].

En lo relativo al requisito del agotamiento de la vía previa, el artículo 35 del CEDH, titulado «Condiciones de admisibilidad», establece, en su párrafo 1, que «*Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva».*

El artículo 47.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, en su versión actualmente vigente, regula el contenido de una demanda individual y obliga a la presentación de las demandas individuales según el formulario facilitado por la Secretaría y a indicar, entre otras cosas: «*g) Una exposición concisa y comprensible que acredite el cumplimiento, por parte del demandante, de los criterios de admisibilidad enunciados en el artículo 35 § 1 del Convenio».* El párrafo 3.1 de

19. Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, ratificado en España mediante instrumento de Ratificación publicado en el BOE Nº. 152, de 26 de junio de 1998.

20. Fuente: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Informes-Organismos-Extranjeros/TEDH---Tribunal-Europeo-de-los-Derechos-Humanos/

ese artículo 47 exige acompañar a la demanda *«b) copias de los documentos y decisiones que demuestren que el demandante ha agotado las vías de recursos internos y respetado el plazo exigido por el artículo 35 § 1 del Convenio».*

III. Jurisprudencia interpretativa del Art. 35 CEDH por el TEDH

La jurisprudencia del TEDH ha ido interpretando el requisito del agotamiento de las vías de recursos internas, según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos.

El TEDH parece *a priori* favorable a ampliar el acceso al Tribunal Europeo, como veremos. En la página web del Tribunal Europeo (https://www.echr.coe.int/) aparecen publicadas Guías sobre admisibilidad de las demandas, incluso en versión en castellano[21], así como vídeos explicativos sobre cómo presentar una demanda ante el TEDH. Pese a todo ello, el justiciable no lo tiene fácil a la vista de los elevados porcentajes de inadmisibilidad.

En la paradigmática Sentencia del caso SELMOUNI c. FRANCIA, decisión de 28 de julio de 1999, el TEDH recuerda que esta exigencia se debe al principio de la subsidiariedad. Se espera que los Estados miembros sean capaces de diseñar recursos capaces de reparar eventuales lesiones a los derechos del CEDH, y permitir así que los propios Estados sean garantes de esos derechos. La resolución establece una regla de la carga de la prueba sobre esta cuestión de la admisibilidad: el Estado debe acreditar qué recursos y vías internas existen en cada caso concreto para reparar el derecho invocado, y el demandante debe acreditar que las ha agotado todas, correctamente.

Muy resumidamente recordaremos, casi a modo de titular, algunos pronunciamientos del TEDH sobre el agotamiento de la vía previa, especialmente en relación a demandas contra España.

El TEDH es flexible cuando opta por entender agotada la vía doméstica si existen varias vías posibles y el ciudadano ha escogido sólo una de ellas. Por ejemplo para denunciar dilaciones indebidas, tan apto es el recurso de amparo como una reclamación compensatoria por funcionamiento anormal de la justicia ante el Ministerio. Véase la decisión de 9 de junio de 2009, caso MORENO CARMONA c. ESPAÑA.

---

21. Fuente: https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf. Esta versión en castellano es de 2014. También existen manuales que ayudan a los abogados esta tarea, por ejemplo Morte Gómez C., *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2014, 372 pp.

También es flexible cuando suaviza la exigencia de la invocación, al permitir que se haga una invocación en las vías internas «al menos en sustancia», a pesar de que la nomenclatura del derecho supuestamente vulnerado (en este caso, libertad de expresión) no se haga claramente. Véase el la sentencia de 23 de abril de 1992, caso CASTELLS c. ESPAÑA.

Asimismo, indica el TEDH que el paso por el recurso de amparo no es necesario para entenderse cumplido el agotamiento de la vía previa si se trata de derechos no susceptibles de amparo constitucional. (caso FERNÁNDEZ MOLINA GONZÁLEZ Y OTROS c. ESPAÑA, decisión de 8 de octubre de 2002). Ahora bien, si aparecen relacionados otros derechos que sí son denunciables en amparo, esta vía debe agotarse. (caso CASO OUBIÑA LAGO c. ESPAÑA, decisión de 10 de junio de 2008).

Sin embargo, el TEDH indica también que los demandantes deben observar las reglas y los procedimientos aplicables en derecho interno, so pena de inadmisión de la demanda por no respetar el artículo 35 del Convenio. Es más, el artículo 35.1 no se considera cumplido si un recurso no es admitido a causa de un error procesal imputable al demandante (caso GÄFGEN c. ALLEMAGNE). En el examen y resolución de las demandas contra España, el TEDH ha entendido que si el amparo se vio rechazado por un motivo formal, debe inadmitirse la demanda europea por falta de agotamiento de las vías internas. Véase el CASO BEN SALAH ADRAQUI Y DHAIME C. ESPAÑA, Decisión de 27 de abril de 2000. No se entiende cumplido el requisito del agotamiento de la vía previa por haber interpuesto varios recursos improcedentes, lo que motivó una inadmisión del amparo (por ejemplo, caso FRAQUER MELÍS Y MOLL ESPINOSA SA C. ESPAÑA. Decisión de 14 de octubre de 1999).

Aunque esta regla tiene sus correctivos y sus matices, que la propia jurisprudencia del TEDH ha establecido en casos excepcionales[22], en principio, no se entenderá cumplido el art. 35.1 del CEDH si el recurso de amparo se ha inadmitido por motivos formales. Nótese que cuando se dice «por motivos formales» nos estamos refiriendo inadmisiones que no tienen que ver con que la demanda carezca de contenido constitucional a criterio del TC, sino asuntos relativos a la interposición en plazo del recurso de amparo, agotamiento de la vía previa, etc.

---

22. Cuando un tribunal de apelación examina si un recurso tiene fundamento aunque lo considere inadmisible, se tiene por cumplido el artículo 35 (VOGGENREITER C. ALLEMAGNE). Es el caso también para aquel que no observó los requisitos exigidos en derecho interno, si el fondo de su recurso ha sido sin embargo examinado por la autoridad competente (VLADIMIR ROMANOV c. RUSSIE). Lo mismo ocurre con un recurso formulado de manera muy sumaria y apenas compatible con las exigencias legales, cuando el juez se pronuncia sobre el fondo, aunque sea de forma escueta. (VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN SCHWEIZ (VGT) c. SUISSE (nº 2).

Habrá que ver, entonces, qué tipo de decisiones inadmisorias dicta el TC por motivos formales.

IV. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el agotamiento de la vía previa al amparo

Se exige al justiciable, de un lado, agotar los medios de impugnación previstos ante el Poder Judicial, pero «sin pasarse», pues de lo contrario de entenderá alargado el plazo artificialmente y la demanda será igualmente inadmitida. El recurrente se mueve así en un difícil equilibrio, como he tenido ocasión de sostener en otras ocasiones.

La STC (Sala Primera), núm. 54/2013, de 11 de marzo, por ejemplo, argumenta: «*Entre esos presupuestos inexcusables para la admisibilidad de toda demanda de amparo se encuentra la exigencia establecida por el artículo 44.1 a) LOTC de "que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial". La exigencia de agotamiento de la vía judicial previa tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la lesión que luego se invoca como fundamento del recurso de amparo».*

Pero resoluciones como el ATC núm. 42/2010, de 12 de abril de 2010, entre muchas otras, castigan la prolongación artificial del plazo por interposición de recursos manifiestamente improcedentes: «*El art. 44.2 LOTC establece la exigencia de que el recurso de amparo se interponga dentro del plazo de treinta días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial. Según reiterada doctrina de este Tribunal, ese plazo es de caducidad, improrrogable y no susceptible de suspensión, y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento, que no consiente prolongación artificial a través de la interposición de recursos manifiestamente improcedentes o legalmente inexistentes, de modo que el tiempo invertido en la resolución de esos medios de impugnación manifiestamente improcedentes, cuando exceda del plazo establecido para presentar el recurso de amparo, determinará la extemporaneidad de éste».*

Deberá determinarse entonces qué se entiende por recursos manifiestamente improcedentes, que veten el paso al TC y a la postre, al TEDH. El ATC núm. 198/2010 (Sala Segunda), de 21 diciembre establece cierta recopilación sobre la jurisprudencia anterior. Dispone que no se puede calificar como recurso manifiestamente improcedente el recurso que hubiera sido admitido: «*no es posi-*

ble considerar «manifiestamente improcedente» un recurso que ha sido admitido en la vía judicial previa… Salvo, excepcionalmente, que la decisión judicial de admisión sea producto de un error patente inmediatamente verificable con solo repasar las actuaciones judiciales».

Respecto a los recursos inadmitidos, no todos suponen el alargamiento artificioso del plazo de interposición de la demanda. Sigue el TC: «*la noción de «recurso manifiestamente improcedente» está limitada en principio a los casos en los que el recurso judicial intentado y luego inadmitido no existe legalmente, ya lo sea en el supuesto improbable de que resulte a simple vista imaginario o inventado, por no ser ni siquiera ninguno de los contemplados con carácter general en las Leyes procesales, ya lo sea, como es más normal que suceda, porque la correspondiente legislación procesal no lo ha previsto o lo ha excluido expresamente en el concreto proceso en cada caso considerado, dadas sus circunstancias. En particular, y siguiendo este criterio restrictivo, hemos declarado que un recurso es manifiestamente improcedente:*

a) *Cuando el recurso judicial intentado no procede en forma manifiesta, ya sea porque existe un precepto legal que expresamente lo impide, como es el caso … del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que hoy advierte… que contra las resoluciones dictadas en el incidente de nulidad de actuaciones «no cabrá recurso alguno»…*
b) *Cuando, conforme a la regulación legal, no cabe igualmente en forma manifiesta por no reunir objetiva, clara e inequívocamente el caso considerado y con entera independencia de la concreta conducta procesal observada por el recurrente a la hora de formalizarlo, los correspondientes requisitos de procedibilidad. Aplicando este criterio este Tribunal ha concluido, por ejemplo, que es manifiestamente improcedente … la interposición de un recurso de casación en un asunto cuya summa gravaminis no alcanza indiscutidamente la cuantía mínima exigible legalmente para acceder al recurso…*
c) *Cuando ha sido rechazado en la vía judicial por desbordar abiertamente por todos sus lados y, por tanto, resultar inequívocamente a todas luces incompatible con la función institucional del correspondiente remedio procesal, de acuerdo con su regulación legal y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esto sucede … cuando por ejemplo se utiliza el recurso de aclaración… no para aclarar algún concepto oscuro o corregir algún error material, sino… «para volver a analizar el objeto del recurso o para pretender alterar la fundamentación jurídica de la resolución…»*

Por último, quiero indicar que preferiría que la regla final del FJ Quinto de este ATC núm. 198/2010 (Sala Segunda), de 21 diciembre, fuera la regla general, al disponer «*Más allá de estos supuestos la calificación del correspondiente re-*

curso judicial como manifiestamente improcedente a los efectos de poder apreciar la existencia de un comportamiento dilatorio, con la consecuente declaración de extemporaneidad del recurso de amparo, debe realizarse con suma cautela y huyendo de valoraciones subjetivas sobre las verdaderas intenciones procesales de la parte recurrente, siempre arriesgadas y que no corresponde realizar a este Tribunal Constitucional».

V. Elevado porcentaje de invocación en amparo de los derechos y garantías procesales

La siguiente comprobación que debemos realizar es qué tipo de derechos son invocados en amparo. Puesto que la lesión a derechos y garantías constitucionales tiene que ser producida directamente por un órgano judicial, es muy frecuente invocar atentados a derechos procesales por parte del Poder Judicial.

Las estadísticas publicadas en la Memoria del Tribunal Constitucional, relativas a 2017, informan de los siguientes porcentajes de invocación de derechos: Igualdad (art. 14 CE), total 795, 12,65%, Tutela judicial (art. 24 CE), total 4.689, 74,59%, Otros derechos y libertades, total 1.679, 26,71%[23].

VI. Vías de denuncia de las nulidades procesales

Para denunciar esas infracciones a derechos fundamentales procesales, que, como se dijo, no son más que nulidades procesales con trascendencia constitucional, la LEC y la LOPJ (arts. 227 y 240 LEC, y 228 LEC y 240 LOPJ, para el incidente de nulidad de actuaciones) articulan una serie de alternativas.

A fin de agotar la vía previa antes de llegar al amparo constitucional deberemos sin duda denunciar el defecto a través de los recursos ordinarios y extraordinarios que tengamos al alcance, pero también en actuaciones como la audiencia previa de un juicio civil ordinario, o en una simple personación en ejecución de sentencia. La nulidad debe denunciarse en el mismo momento en que el justiciable se percata de ella, si hiciera falta mediante un escrito ad hoc presentado al Juzgado si no existe una oportunidad procesal «a mano». Vaya por delante que cuando la LOPJ se refiere a que la denuncia se hará a través de «los demás medios», esos medios restantes de denuncia son todos los imaginables.

---

23. Fuente: http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/Estad%C3%ADsticas%20con%20gr%C3%A1ficos%202017-12%20v_5%20Corr_Inadmin_No%20Comparativas%20Avance.pdf

Como medios específicos de denuncia de las nulidades encontramos la declaración de oficio (227.2 LEC y 240.3 LOPJ) y el mal llamado incidente de nulidad de actuaciones.

Tras los recursos ordinarios y extraordinarios puede darse el caso que la nulidad se incardine, en el ámbito civil, en los supuestos del recurso extraordinario de revisión (art. 510 LEC), la rescisión de sentencias a instancias del rebelde (art. 501 LEC) o el propio incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), cada uno con su propia finalidad y presupuestos. Todos ellos tras la firmeza de la sentencia y todos ellos justo antes del amparo constitucional.

Que el recurrente acierte con la interposición del medio, recurso o remedio que «toca» es sumamente complicado. Y de ello dependerá la admisión o no del amparo constitucional y la admisión o no de la demanda ante el TEDH.

VII. Supuesta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones

La reforma efectuada en 2007 sobre el incidente de nulidad de actuaciones[24], que amplió los motivos del incidente pero mantuvo el resto de regulación (plazos, presupuestos, efectos, etc), complicó la situación. Teóricamente, ante el endurecimiento del trámite de admisión del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, se permitía al justiciable un recurso de amparo ordinario. Pero nada más lejos de la realidad[25].

El tenor literal de la norma está así: «Art 241.1 LOPJ. 1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.»

Por lo tanto, se exige que estemos ante derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional (los procesales y los sustantivos), que exista una re-

---

24. Reforma efectuada por la Disposición Final Primera de la LO 6/2007. Idem con el art. 228 LEC por reforma Ley 13/2009.

25. Así lo entendí en YÉLAMOS BAYARRI E., *El incidente del actual art. 241 LOPJ no es un amparo ordinario pero, ¿cabe una interpretación extensiva?* en AAVV, Realismo jurídico y experiencia procesal. Liber amicorum). Manuel Serra Domínguez, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1079 a 1095.

solución que no es susceptible de recurso alguno y que la denuncia no haya podido hacerse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso.

Por lo tanto, es esa resolución que se impugna en el incidente sea la que ha causado la vulneración a derechos fundamentales por primera vez. Lo que supone que si la discusión sobre la infracción constitucional se arrastra desde la primera instancia, por ejemplo, el incidente no procede.

Y también implica que la mayoría de derechos fundamentales que siguen analizándose en los incidentes de nulidad de actuaciones posteriores a la reforma son cuestiones procesales, y no sustantivas[26]. Infracciones al art. 24 CE, y no al derecho al honor, por ejemplo, pues esa queja habrá existido seguramente desde la misma interposición de la demanda.

Los autores, tras la aprobación de la modificación sobre el art. 241 LOPJ, ya se han manifestado sobre el campo de utilización real del incidente, que sigue siendo limitado[27].

VIII. Interpretación del Tribunal Constitucional sobre la necesidad o inconveniencia de uso del incidente

Las limitaciones impuestas por los propios requisitos legales han provocado que el Tribunal Constitucional haya tenido que aclarar en sus decisiones sobre admisibilidad cuándo el uso del incidente es obligatorio a los efectos de cumplir con el requisito del agotamiento de la vía previa al amparo.

La doctrina sobre este particular puede resumirse así.

---

26. Las resoluciones del incidente analizan vulneraciones procesales causadas en la propia decisión firme que se impugna. Por ejemplo: ATS (Sala Civi), de 19 de diciembre de 2017: inadmisión de recurso de revisión. ATS (Sala Civil), de 13 de Enero de 2016: inadmisió recurso de casación. ATS (Sala Civil, Sec.1), de 3 diciembre 2013: Inadmisión rec. extraordinario por infracción procesal y casación. ATS (Sala Civil, Sec.1), de 5 junio 2012: Inadmisión de recurso de casación. Indefensión material. STS (Sala de lo Civil, Sección 1) de 30 noviembre 2011: liquidación en ejecución de sentencia incorrecta. ATS (Sala Civil, Sec.1), de 27 septiembre 2011: Contra denegación de prueba solicitada en el escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal.

27. Bachmaier Winter L., La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, Dario La Ley, núm. 6775, 10 de septiembre de 2007, año XXVIII, Ref. D-190, pp. 1-5; Barber Burusco, S, La reciente doctrina del tribunal Constitucional sobre el incidente de nulidad de actuaciones, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 880/2014, Parte Tribuna. Castillo Rodríguez L., El nuevo incidente de nulidad de actuaciones, Actualidad Civil, 2008, Tomo 1, Quincena 16 a 30 de abril de 2008, núm. 8. Gui Mori T., La modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Profunda reforma del recurso de amparo y de la nulidad de actuaciones, Diario La Ley, Nº 6791, 2 de octubre de 2007, Sección Tribuna, Año XXVIII, Ref. D-207. Muerza Esparza J., La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 733/2007, Parte Tribuna. Vázquez Sotelo J. L., Involución en el amparo constitucional español. La muy reciente reforma del Tribunal Constitucional español, introducida por la Ley 6/2007, de 24 de mayo de 2007, Justicia, núm. 3-4, noviembre 2009, pp. 15-52.

A) Si ya se discutió antes de recaer resolución que pone fin al proceso, el incidente no es procedente. Véase la STC (Sala Primera) 17/2012, de 13 de febrero, entre otras muchas: «*En el proceso que nos ocupa, el enfrentamiento entre el derecho fundamental a la información y el derecho a la propia imagen ha constituido el objeto de la controversia judicial ya desde la primera instancia… Y es indudable que, en las circunstancias concurrentes en el presente caso, la formulación del incidente de nulidad frente a la Sentencia de casación era manifiestamente improcedente, dado que en el incidente se denunció por la recurrente la lesión de un derecho fundamental (el garantizado por el art. 20.1 CE) que no derivaba originariamente de dicha Sentencia, sino de las Sentencias anteriores de primera instancia y apelación, pues en las dos instancias ya se había planteado la posible vulneración del citado derecho».*

B) Si la resolución judicial firme vulnera por primera vez el derecho, necesariamente hay que instar el incidente. Por ejemplo, véase el ATC núm. 41/2010 (Sala Primera, Sección 2), de 9 abril: «*el demandante se limita a impugnar el Auto de inadmisión del recurso de casación por la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso al recurso. Pues bien, como ha señalado este Tribunal, en los supuestos de inadmisión de un recurso de casación, la eventual vulneración del derecho de acceso al recurso tiene su origen inmediato y directo en dicho Auto y no en otra resolución anterior, por lo que es indubitada la necesidad de interposición del incidente de nulidad de actuaciones para un correcto agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo (ATC 10/2010, de 25 de enero [RTC 2010, 10 AUTO], F. único)».*

C) Si se pudo alegar vulneración con anterioridad, y no se hizo, se produce un uso indebido del incidente, lo que supone un alargamiento artificial del plazo. Puede leerse en este sentido el ATC núm. 238/2009 (Sala Segunda, Sección 4), de 21 septiembre: «*es claro que el momento procesal oportuno para efectuar la invocación en el procedimiento judicial del derecho fundamental que se estimaba vulnerado era el inmediatamente siguiente al dictado del Auto del Juzgado de lo Mercantil, a través del recurso de apelación presentado contra el mismo. Pues bien, en dicho recurso la recurrente no efectuó alegación alguna relacionada con la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva… Es, efectivamente, como indica el Ministerio Fiscal, en el posterior incidente de nulidad de actuaciones planteado contra la Sentencia de apelación cuando la demandante efectúa por primera vez la denuncia de la vulneración del derecho fundamental luego invocado en amparo. Pero, en dicho momento, ni la denuncia podía ya considerarse efectuada en el momento procesal oportuno, de acuerdo con nuestra doctrina, ni resultaba útil para posibilitar la reparación del derecho fundamental supuestamente vulnerado, ni era, siquiera, proce-*

dente, como de hecho apreció la Sala de apelación al inadmitirla de plano…»

D) En lo relativo a las incongruencias omisivas, el Alto Tribunal ha dicho que para entender agotada la vía previa basta con haber optado por uno de los dos medios existentes (complemento del art. 215 LEC o incidente de nulidad de actuaciones). Puede leerse el Auto del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 164/2008 de 23 junio. «*ante tal incongruencia el recurrente debió reaccionar a través de los medios que las Leyes procesales le facilitaban mediante la correspondiente acción de complemento de resoluciones (art. 215.2 y 3 LEC) o a través del incidente de nulidad de actuaciones previsto para supuestos de incongruencia (art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello hubiera permitido al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la prescripción alegada en el recurso de amparo*». Pero no es de recibo denunciar una misma incongruencia primero vía complemento y después con el incidente de nulidad de actuaciones, como se dijo en el Auto del Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 132/2012 de 26 junio: «*La aplicación de la doctrina constitucional expuesta nos lleva, tal como declaramos en la providencia de inadmisión de 13 de mayo de 2009, a apreciar la extemporaneidad de la demanda de amparo al haber interpuesto un incidente de nulidad que, en este caso, era manifiestamente improcedente, pues a través de esta vía volvieron a reiterarse las quejas que ya habían sido aducidas en su escrito de solicitud de complemento de Auto y sobre las que el órgano judicial tuvo oportunidad de pronunciarse cuando resolvió la referida solicitud».*

Sin embargo, no es sencillo alcanzar las anteriores conclusiones. Menos cuando el propio legislador reforma la LOPJ con el pretendido propósito de crear un recurso de amparo ordinario que analice infracciones constitucionales antes que el Tribunal Constitucional. Las inadmisiones por indebido uso del incidente de nulidad de actuaciones son sumamente frecuentes. Las inadmisiones por no haberlo utilizado, mucho menos, pues existe cierta costumbre en la práctica a interponer por sistema el incidente antes de interponer la demanda de amparo.

IX. ¿Nulidades procesales desprovistas de protección en Estrasburgo?

En todo caso, las inadmisiones por razones formales del recurso de amparo, en asuntos en que la queja de los recurrentes consistía justamente en infracción de derechos procesales, son frecuentísimas. Y también lo es la inadmisión de la demanda ante el TEDH por falta de uso de los recursos domésticos. Se exige al ciudadano que agote las vías de recurso en los sistemas internos, y que lo haga

bien. Pero en materia de nulidades procesales es muy complicado cumplir esas exigencias.

Cabe preguntarse entonces si las violaciones a derechos procesales que el CEDH reconoce (artículo 6, entre otros), quedan desprovistas de protección ante el TEDH, pese a existir en el CEDH, pues al Tribunal Constitucional le basta con inadmitir la demanda de amparo por alargamiento artificial del plazo o por falta de agotamiento de los recursos previos para impedir que la demanda ante el TEDH pase el filtro de admisión.

Debemos hacer, eso sí, una salvedad. Si la excepción de no agotamiento está vinculada al fondo del asunto (por ejemplo, las demandas vinculadas al aspecto procesal del artículo 2 o del artículo 3; en relación con el artículo 6, 8 o 13), puede evitarse la inadmisión ante el TEDH por previa inadmisión por motivos de fondo.

Cuando la queja, la infracción que se somete al TEDH, pivota sobre la forma de interpretar el agotamiento de la vía previa, el TEDH puede entrar a resolver. Así ocurrió por ejemplo en el Asunto RODRÍGUEZ VALÍN c. ESPAÑA, Sentencia de 11 de octubre de 2001, sobre Artículo 6.1 (Derecho a un proceso equitativo). El TEDH tuvo que pronunciarse sobre si la interpretación hecha por el TC sobre el cómputo del plazo de interposición del amparo puede vulnerar derechos procesales reconocidos en el CEDH. Se descartó la vulneración al art. 6 CEDH pero en resolución de fondo y no con una inadmisión previa.

El asunto ARRIBAS ANTÓN c. ESPAÑA, en sentencia de 20 de enero de 2015, mencionado, analizaba también si la reforma del 2007 sobre la inadmisión por carencia de trascendencia constitucional respetaba las previsiones del CEDH. Se descarta la violación a derechos del CEDH, pero se entró en el fondo de la cuestión sobre garantías procesales. También en el caso STONE COURT SHIPPING COMPANY SA c. ESPAÑA, sentencia de 28 de octubre de 2003, donde el TEDH corrige a los órganos nacionales sobre la interpretación del modo de presentación de los escritos en servicio de guardia[28].

Si la inadmisión ante el TC lo es por carencia de trascendencia constitucional, ello es distinto de una inadmisión por razones formales (por falta de agotamiento de las vías previas nacionales.) La reforma de 2007, endureció el trámi-

---

28. Véase sobre las implicaciones de esta sentencia, García de Enterría E., *La sentencia del Tribunal Europeo de Drechos Humanos de 28 de octubre de 2003, STONE COURT SHIPPING COMPANY, S.A. C/ESPAÑA, y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos. una censura expresa a la doctrina del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. necesidad de una rectificación radical de las posiciones restrictivas del tribunal constitucional y del tribunal supremo en cuanto al ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva,* Revista de Administración Pública, núm. 163, enero abril 2004, pp. 169 a 195.

te del recurso de amparo, como se vio. El TEDH avaló la reforma llevada a cabo por Ley 6/2007 en el asunto ARRIBAS ANTÓN c. ESPAÑA, en sentencia de 20 de enero de 2015, al concluir que los requisitos de admisibilidad del recurso de amparo pueden ser mucho más rigurosos. La reforma es legítima, razonables los medios empleados, y se respeta el CEDH aunque el TC inadmita sólo refiriendo los preceptos legales inobservados, a juicio del Tribunal de Estrasburgo.

Pero esa reforma de 2007 elevó las inadmisiones por razones de fondo y provocó que en determinados ámbitos el TEDH hubiere de pronunciarse con cierta frecuencia tras la inadmisión del TC español[29]. Salvo en aquellos casos en que la inadmisión haya venido motivada porque el demandante no ha justificado la especial trascendencia constitucional del recurso y en aquellos en que la causa de inadmisión es la insuficiente justificación de la especial trascendencia, que, justamente, se tratan como defectos procesales en la formalización de la demanda de amparo similares a la falta de agotamiento de la vía judicial previa.

Las vulneraciones de derechos procesales no tienen tanta fortuna, una inadmisión por razones de forma impide el acceso al TEDH.

No habría ningún problema si los recursos articulados en nuestro sistema interno fueran efectivos, pues en eso se basa la regla de la subsidiariedad, fundamento de la necesidad de agotamiento de la vía previa. Se exige que la vía previa sea efectiva y admisible. Según el propio TEDH, «*el carácter admisible de una vía de recurso de esta naturaleza debe de ser suficientemente segura en derecho y en la práctica*» (Caso VERNILLO c. FRANCIA). En mi opinión, el incidente de nulidad de actuaciones no puede considerarse una vía segura y eficaz.

Hay quien se plantea incluso si con el nivel de admisibilidad del recurso de amparo español, es un recurso efectivo por el que es necesario pasar antes de presentar la demanda ante el TEDH[30]. De hecho, la mención del art. 35.1 in fine CEDH, relativa a «*según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos»,* podría permitir que en ciertas circunstancias se dispense al demandante de la obligación de agotar las vías internas de recurso de que dispone» (SEJDOVIC c. ITALIA).

---

29. Por ejemplo materias como la investigación oficial eficaz de la tortura (art. 3 CEDH; art. 24.1 en relación con art. 15 CE); políticas migratorias y el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH; arts. 18.1 y 39.1 CE), o incluso, justamente, las garantías del debido proceso y el principio de inmediación (art. 6.1 CEDH; art. 24.2 CE). Ripoll Carulla, S., *Un nuevo marco de relación entre el tribunal constitucional y el tribunal europeo de derechos humanos*, Revista Española de Derecho Internacional, Madrid, enero-junio 2014, pp. 11-53.

30. Se lo plantea ni más ni menos que un Presidente emérito del Tribunal Constitucional. Pérez de los Cobos Orihuel, *El recurso de amparo y el recurso ante el TEDH: pautas de interacción*. Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez) Núm. 47, Diciembre 2017, p. 8.

Pero lo cierto es que el recurso de amparo es una vía a agotar, y el incidente de nulidad de actuaciones lo normal es que lo sea también. Sería deseable, eso sí, tener cierto grado de certeza sobre las vías que deben interponerse antes de llegar al TC, para a su vez tener cierto grado de certeza de las vías que deben interponerse antes de llegar al TEDH.

PROCESSUS IUDICII

Director
Francisco Ramos Méndez

1. Ramos Méndez, F., *El mito de Sísifo y la ciencia procesal*, 2004.
2. Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Criminal*, 2016, 12ª ed.
3. Escaler Bascompte, R., *La administración judicial*, 2004.
4. Ramos Méndez, F., *El sistema procesal español*, 2019, 11ª ed.
5. Furquet Monasterio, N., *Las comunicaciones procesales*, 2005.
6. Ramos Méndez, F., *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, 2005.
7. Guasch Fernández, S., *El juicio cambiario*, 2006.
8. Ramos Romeu, F., *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, 2006.
9. Nieva Fenoll, J., *La cosa juzgada*, 2006.
10. Del Pozo Pérez, M., *Violencia doméstica y juicio de faltas*, 2006.
11. Escaler Bascompte, R., *El desahucio por falta de pago*, 2006.
12. Yélamos Bayarri, E., *Nulidad de actuaciones y comunicaciones judiciales fallidas*, 2006.
13. Nieva Fenoll, J., *Enjuiciamiento prima facie*, 2007.
14. Ortego Pérez, F., *El juicio de acusación*, 2007.
15. Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil*, 2008.
16. Bujosa Vadell, L., *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, 2008.
17. Serra Domínguez, M., *Jurisdicción, Acción y Proceso*, 2008.
18. Sbert Pérez, H., *Investigación del Patrimonio del Ejecutado*, 2009.
19. Cachón Cadenas, M., Picó Junoy, J. (Coord.), *La ejecución civil: problemas actuales*, 2009.
20. Serra Domínguez, M. (*Liber amicorum*), *Realismo jurídico y experiencia procesal*, 2009.
21. Vázquez Sotelo, J. L. (*Liber amicorum*), *Rigor doctrinal y práctica forense*, 2009.
22. Calvo Sánchez, M., *Control de la imparcialidad del tribunal constitucional*, 2009.
23. Mallandrich Miret, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, 2010.
24. Pérez Daudí, V. (Coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, 2011.
25. Ruiz de la Fuente, M. C., *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, 2011.
26. Aliste Santos, T. J., *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, 2011.
27. Pérez Daudí, V., *La protección civil de los derechos fundamentales*, 2012.
28. Gutiérrez-Alviz Conradi, F., *El derecho de defensa y la profesión de abogado*, 2012.
29. Martín Ríos, Mª del P., *Víctima y justicia penal*, 2012.
30. Ramos Méndez, F., *El juicio civil*, 2019, 3ª ed.
31. Pérez Marín, Mª A., *La criminalidad en la Unión Europea: El camino hacia una jurisdicción penal común*, 2012.
32. Escaler Bascompte, R., *Medidas cautelares y ejecución*, 2013.

33. Pérez Daudí, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, 2013.
34. Calvo Sánchez, M. (*Liber amicorum)*, *Proceso*, *Eficacia y Garantías en la Sociedad Global*, 2013.
35. Gutiérrez-Alviz Conradi, F. (*Liber amicorum*), *El Derecho procesal en el espacio judicial europeo*, 2013.
36. Letelier Loyola, E., *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, 2013.
37. Cachón, Picó, Riba, Ruiz (Coord.), *Problemas procesales del concurso de acreedores*, 2013.
38. Cachón Cadenas, M., *La ejecución procesal civil*, 2014.
39. Bilbao Berset, J., *La vis atractiva de los juzgados de violencia sobre la mujer*, 2014.
40. Ramos Méndez, F., *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, 2014.
41. Pérez-Cruz Martín, A. J., *Constitución y Poder Judicial*, 2015, 2ª ed.
42. Pérez-Cruz Martín, A. J., Suárez Robledano, J. M., *Independencia judicial y Consejos de la Judicatura y Magistratura*, 2015.
43. Martín García, A. L., Bujosa Vadell, L., L*a obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, 2016.
44. Hermoso de Mena, N., *Ejecución hipotecaria. Cuestiones registrales y procesales*, 2016.
45. Orriols Garcia, S., *El judici de petició de llegítima. Aspectes substantius i processals*, 2016.
46. Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (Dir.), *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, 2016.
47. Ramos Méndez, F., *Elogio de la Nada Procesal*, 2016.
48. Neira Pena, Ana Mª (Dir.), Bueno de Mata, F., Pérez Gaipo, J. (Coord.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, 2016.
49. Escaler Bascompte, R., *La carga de la prueba*, 2017.
50. Cachón Cadenas, Manuel, *Francisco Beceña: un procesalista de primera hora*, 2017.
51. Roca Martínez, J. Mª (Dir.), Loredo Colunga, M. (Secretario académico), *El proceso penal en ebullición*, 2017.
52. García-Perrote Forn, Mª Elena, *Los juicios paralelos. La incidencia de la publicidad del proceso penal en los derechos fundamentales*, 2017.
53. Pérez Daudí, V., *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, 2018.
54. Navarro Villanueva C., *El Encarcelamiento femenino*, 2018.
55. IIDP y IIAPL, *La prueba en el proceso / Evidence in the process*, 2018.
56. Velázquez, S., *La corte constitucional del Ecuador y el estado constitucional de derechos y justicia*, 2018.
57. Castillejo Manzanares, R. (Dir.), Alonso Salgado, C. (Coord.), *El nuevo proceso penal sin código procesal penal*, 2019.
58. Miguel Barrio, Rodrigo, *Justicia Restaurativa y Justicia Penal. Nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles,* 2019.
59. Bueno de Mata F. (Dir.) y González Pulido I. (Coord.), *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, 2019.
60. Bueno de Mata F. y González pulido I., *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, 2019.
61. Ortego Pérez F., *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, 2019.
62. Alday López-Cabello F., *La exclusión de la prueba ilícita en España y México*, 2019.