

Nº 1

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE
PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



tirant
lo blanch

**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE
PROFESORES DE DERECHO PROCESAL DE
LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS
Nº 1**

Directora:

CORAL ARANGÜENA FANEGO
(Universidad de Valladolid)

Subdirectora:

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ,
(Universidad de Vigo)

Secretaria:

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
(Universidad de Valladolid)

tirant lo blanch

2020

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas. Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

Teresa Armenta Deu (*Universidad de Girona*)
José M^a Asencio Mellado (*Universidad de Alicante*)
Silvia Barona Villar (*Universidad de Valencia*)
Chiara Besso (*Università degli Studi di Torino*)
Paolo Biavati (*Università di Bologna*)
Ángel Bonet Navarro (*Universidad de Zaragoza*)
Hess Burkhard (*Instituto Max Planck de Luxemburgo*)
Manuel Cachón Cadenas (*Universidad Autónoma de Barcelona*)
Loïc Cadiet (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*)
Pía Calderón Cuadrado (*Universidad de Valencia*)
Valentín Cortés Domínguez (*Universidad Autónoma de Madrid*)
Olga Fuentes Soriano (*Universidad Miguel Hernández, Elche*)
Faustino Cerdón Moreno (*Universidad de Navarra*)
Andrés de la Oliva Santos (*Universidad Complutense de Madrid*)
Antonio del Moral García (*Magistrado del Tribunal Supremo*)
Ignacio Díez-Picazo Giménez (*Universidad Complutense de Madrid*)
Vicente Gimeno Sendra (*Universidad Nacional de Educación a Distancia*)
Juan Luís Gómez Colomer (*Universidad Jaume I de Castellón*)
José Luis González Montes (*Universidad de Granada*)
Fernando Jiménez Conde (*Universidad de Murcia*)
José de los Santos Martín Ostos (*Universidad de Sevilla*)
Juan Montero Aroca (*Universidad de Valencia*)
Víctor Moreno Catena (*Universidad Carlos III de Madrid*)
Julio Muerza Esparza (*Universidad de Navarra*)
Manuel Ortells Ramos (*Universidad de Valencia*)
Eduardo Oteiza (*Universidad de la Plata Argentina*)
Giovanni Priori (*Pontificia Universidad Católica del Perú*)
Francisco Ramos Méndez (*Universidad Autónoma de Barcelona*)
José M^a Rifá Soler (*Universidad Pública de Navarra*)
Carmen Senés Motilla (*Universidad de Almería*)
Isabel Tapia Fernández (*Universidad de las Islas Baleares*)
John Vervaele (*Universidad de Utrecht, Holanda*)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Soraya Amrani Mekki (*Universidad de París Ouest-Nanterre La Défense*)

Federico Bueno de Mata (*Universidad de Salamanca*)

Ignacio Colomer Hernández (*Universidad Pablo de Olavide Sevilla*)

Mercedes Fernández López (*Universidad de Alicante*)

Fernando Gascón Inchausti (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Francisco Herrero Perezagua (*Universidad de Zaragoza*)

Mar Jimeno Bulnes (*Universidad de Burgos*)

Fernando Martín Diz (*Universidad de Salamanca*)

Santiago Pereira (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

Stefano Ruggeri (*Università degli Studi di Messina, Italia*)

M^a Luisa Villamarín López (*Universidad Complutense de Madrid*)

ÍNDICE

ISABEL GONZÁLEZ CANO <i>(in memoriam)</i> <i>Víctor Moreno Catena</i>	8
LA GIUSTIZIA PENALE IN ITALIA DOPO TRENT'ANNI DI CODICE DI RITO <i>Alfredo Gaito - Elvira N. La Rocca</i>	16
EL MINISTERIO PÚBLICO COMO AUTORIDAD JUDICIAL EMISORA DE UNA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. <i>Francisco Jiménez-Villarejo Fernández</i>	32
LA PROBLEMÁTICA DE LOS ADR EN MATERIA DE CONSUMO Y VIVIENDA Y LA APLICACIÓN DE LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS <i>Vicente Pérez Daudí</i>	88
LA INDEMNIZACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL TRAS SENTENCIA ABSOLUTORIA O AUTO DE SOBRESEIMIENTO LIBRE: SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS <i>Montserrat De Hoyos Sancho</i>	126

**EL PROCESO DE OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES
ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN
DE MENORES**

María Luisa Escalada López..... 174

**BUENAS PRÁCTICAS EN LA INDIVIDUALIZACIÓN
JUDICIAL DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS ANTE LA
VIOLENCIA FILIO PARENTAL**

Francisco Javier Garrido Carrillo..... 212

**LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. HACIA
UNA NUEVA ORDENACIÓN DE LOS MECANISMOS DE
AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE OBTENCIÓN DE
FUENTES DE PRUEBA**

Guillermo Ormazabal Sánchez 258

**CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO
PROBATORIO**

Joan Picó I Junoy..... 334

ISABEL GONZÁLEZ CANO *(in memoriam)*

VÍCTOR MORENO CATENA

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

Créanme si les digo que es muy difícil ponerse delante de un papel en blanco para escribir unas líneas en memoria de una persona que nos ha dejado abrupta y trágicamente. Y es especialmente difícil cuando se dan dos circunstancias: de un lado, que a quien esto escribe le unía un enorme afecto personal con Isabel, que le profesaba un cariño inmenso que viene de muy lejos; de otro lado, que la muerte de una discípula y una amiga, la profesora González Cano, ha pasado por encima del orden natural de las cosas, porque los compañeros de su promoción, y los de generaciones anteriores seguimos en activo y ella ha fallecido cuando no le tocaba, porque la lógica dicta que los hijos deben enterrar a sus padres, y no al revés, y que las generaciones deben sucederse en orden cronológico, desapareciendo primero las más viejas; por eso, cuando se produce un salto en la secuencia ordenada de la vida, como ha sucedido con la inesperada y tremenda muerte de Isabel, crujen todas las cuaderñas de nuestro ser.

Soy de algunas generaciones anteriores a Isabel, y he tenido el privilegio de acompañarla desde el comienzo de su andadura universitaria. Por eso me halaga que la dirección de la revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas (ADPDUE) haya querido en su primer número incluir una nota en memoria de quien era su vicepresidenta, Isabel González Cano, que contribuyó con su valía y con su esfuerzo a hacer realidad este proyecto. Es un honor trasladarles algunos retazos de su persona y de

sus capacidades académicas, y que me permitan compartir con estas líneas el afecto por la mujer que ha sido y el inmenso dolor que siento, que muchos sentimos, por su pérdida irreparable.

Isabel González Cano era una trabajadora infatigable, que sobresalía por encima de los que le rodeaban, con una inquietud intelectual asombrosa, que le exigía adentrarse en campos académicos inexplorados por el Derecho procesal. Esas iniciativas, que en la mayoría de los casos partían de ella y en otros pocos se sumaba con entusiasmo, le situaron con poco más de 50 años en el pelotón de cabeza de los procesalistas españoles.

Su presente era pleno e intenso y su futuro estaba escrito entre los mejores. Pero se ha ido cuando no le correspondía porque estaba en la flor de la vida, en plenitud de sus facultades intelectuales, con una fuerza enorme de emprender y transitar por campos desconocidos, abriendo caminos nuevos y capaz de diseñar y sostener proyectos innovadores.

Ha pasado casi un año de aquel trágico día de octubre cuando recibí una llamada diciéndome que en Portugal, al final de un Congreso científico, había fallecido la profesora González Cano. Era increíble; estaba fuera de los esquemas normales de la vida.

Tuve el privilegio de conocer a Isabel González Cano allá por el año 1987, cuando era alumna de Derecho en la Facultad de Sevilla, y me encontré con un grupo de estudiantes que se ilusionaron con el Derecho procesal, una materia tenida comúnmente por árida y memorística, y cuatro de ellos decidieron hacer la tesis doctoral en esta especialidad y seguir carrera universitaria.

En vano les previne a todos ellos de las dificultades del camino, que era una verdadera aventura, y les advertí del largo tiempo que habrían de invertir y de los grandes esfuerzos que no siempre se verían recompensados. Estaban decididos y en este empeño siguieron todos ellos. Comenzaron su andadura en 1989.

Pero faltaba un escalón más y, dos años más tarde, le propuse a Isabel que se desplazara a Madrid, para seguir en la Universidad Carlos III su incipiente actividad universitaria. Este reto creo que la espoléó y asumió el traslado a una Universidad recién creada, que estaba a las afueras de Madrid, sin tradición universitaria y en unas instalaciones que hasta entonces habían sido militares...

Pocos alicientes y muchas dificultades que, no obstante, la profesora González Cano quiso y supo afrontar.

En esa joven Universidad, conviviendo con compañeros procesalistas de otras procedencias, contribuyó a poner en marcha el apasionante proyecto universitario de la Carlos III, su segunda casa. En el año 1993 terminó su tesis doctoral sobre el Juez de Vigilancia Penitenciaria que mereció la máxima calificación y el premio extraordinario de doctorado.

Plenamente integrada con quienes dirigían los rumbos de esta criatura académica, la profesora González Cano pudo presumir siempre de haber contribuido en primera persona a desarrollar con un gran esfuerzo personal una incipiente institución pública que ha conseguido, con el paso del tiempo, situarse entre los centros universitarios más importantes de España y fuera de ella.

Tuvo siempre vocación de servicio público y, sobre todo, de dedicar la mayor parte del tiempo a la investigación. Cuando le presenté una oferta para hacerse cargo de la docencia de las materias procesales en una Universidad privada, Isabel no aceptó porque las exigencias docentes copaban todo el tiempo de trabajo, en detrimento de la investigación, que en aquel centro resultaba finalmente penalizada. Y se mantuvo en la Universidad pública, donde las tareas investigadoras eran suficientemente reconocidas.

Isabel González Cano fue diagnosticada de diabetes en su época de Getafe, tras sufrir un desvanecimiento, pero se repuso del episodio con rapidez y con una excepcional presencia de ánimo, y siguió su camino con nuevos bríos y redoblado espíritu. Este padecimiento no le mermó ni un ápice de sus fuerzas para dedicarse a lo que era su pasión: el trabajo universitario.

Con ese esfuerzo y ese tesón logró convertirse en una académica de las más relevantes tanto en España como en el extranjero. Isabel era una luchadora impenitente, empeñada por mejorar día a día su propia formación, por adentrarse en temas científicamente inexplorados y por dedicar sus mejores esfuerzos a quienes de su mano querían dedicarse a la Universidad.

En el año 1996 regresó a su Sevilla y obtuvo la plaza de profesora titular. Su actitud innovadora y el empuje de su personalidad arrolladora han puesto de manifiesto siempre una enorme ambición intelectual, que le ha hecho liderar

proyectos académicos más y más ambiciosos.

Pero la profesora González Cano no solo se centró en la Universidad. Tuvo tiempo y ganas de emprender otra tarea: se integró como vocal asesora en el Gabinete del ministro de Justicia y dedicó sus mejores esfuerzos en potenciar la actividad legislativa de este Departamento. Los tres años (2005 a 2008) que pasó junto al Ministro López Aguilar, y luego con Fernández Bermejo, le permitieron, al propio tiempo que servía lealmente en unas tareas poco conocidas para los profesores universitarios, adquirir también conocimientos, experiencias y relaciones humanas con profesionales ajenos a sus quehaceres habituales hasta entonces, que conservan muy viva su memoria.

A su vuelta a la Universidad de Sevilla se dedicó en cuerpo y alma a la docencia y a la investigación en Derecho Procesal. Este trabajo constante le permitió obtener, en 2010, la cátedra de la Universidad Hispalense, culminando su carrera como profesora. Pero Isabel González Cano no se conformó con alcanzar ese título con el que siempre había soñado, sino que se esforzó por acreditar ante toda la comunidad científica el enorme acierto que tuvieron en reconocerla en el más alto grado académico y administrativo del profesorado en la universidad española.

En sus relaciones personales, nuestra querida Isabel tuvo siempre una gran humanidad, era una persona cercana que sabía granjearse el afecto de los que la rodeaban, que huía de las confrontaciones e intentaba aunar voluntades y esfuerzos, pero siempre dando el primer paso, colocándose al frente de cualquier trabajo para el que pedía colaboración. Era cariñosa, con una especial atención a los pequeños detalles, lo que la hacía más cercana, más nuestra.

En su actividad profesional, la profesora González Cano supo siempre formar equipos, sumar los esfuerzos personales de diferentes investigadores en un empeño común, siempre predicando con el ejemplo. Y realizó exitosas labores de gestión por varios años en el vicedecanato de la Facultad, en el equipo decanal del profesor Merchán.

Puedo afirmar que Isabel González Cano fue una persona absolutamente extraordinaria, una profesional insuperable y una discípula que se hizo querer de verdad. Y desde el fondo de mi corazón he sentido el terrible mazazo de su pérdida, que lejos de atenuarse con el paso de las semanas y los meses, se ha ido acrecentando cuando voy mirando de lado a lado y ya no aparece esa figura

rubia que, hablando bajito, quería preguntar o proponer algo de gran interés: un proyecto nuevo, una idea brillante, asumir nuevos empeños para mejorar nuestra vida académica.

Me siento incapaz de cantar y contar las virtudes de un ser querido que nos ha dejado, especialmente cuando se trata de quien por sus méritos y su valía había alcanzado la cima de su carrera. La profesora González Cano tenía el general reconocimiento a su valía, y en estos años no se entendía la celebración de una jornada de estudio, de un congreso, o de un proyecto de derecho procesal sin su presencia y su participación activas.

Quiero aludir a su labor en la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas (APDPUE), a cuya directiva y a su vicepresidencia por acertada propuesta del profesor Jiménez Conde se incorporó; ha contribuido con su esfuerzo, con su entusiasmo y con su acierto a afianzar definitivamente esta nueva criatura, que sin duda servirá a todos los procesalistas para encontrar en esta institución un lugar de encuentro, de apoyo mutuo y de semillero de iniciativas con el fin de mejorar y hacer progresar nuestra disciplina.

Autora de más de trece monografías, de treinta artículos de revista, de cuarenta contribuciones o capítulos en obras colectivas, coordinadora de cuatro libros colectivos, esta trabajadora infatigable, con un sentido de la responsabilidad poco común, era también alegre, perspicaz, de espíritu algo burlón, pero enormemente respetuosa con todos los que le rodeaban, cualquiera que fuese su condición y posición.

Isabel González Cano fue nombrada unos meses antes de su fallecimiento Vocal Permanente de la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación. Me consta que ese nombramiento fue para ella un reconocimiento que recibió con una gratitud especial y una singular satisfacción, aunque sus méritos académicos y su experiencia práctica eran más que sobrados para ocupar esa Vocalía. Participó activamente en todas las sesiones de la Comisión y fue un pilar esencial en el desempeño de sus trabajos, llevando una voz pausada y serena a los debates.

Su impresionante curriculum, la extraordinaria producción científica de Isabel, se ha truncado de repente. Nos ha dejado, silenciosa e inesperadamente y muchos nos sentimos infelices por no poder gozar de su compañía durante

más tiempo. La profesora González Cano, esa trabajadora impenitente que representaba una pieza esencial para entender el actual procesalismo español, se nos ha ido. Y solo podemos repetirnos una y otra vez: ¡No puede ser!

Su pérdida ha provocado un general sentimiento de incredulidad entre sus colegas procesalistas y naturalmente entre sus amigos, y entre los compañeros de otras áreas, que compartieron con ella inquietudes, preocupaciones, anhelos por mejorar una institución como la Universidad, que pasa ahora por unos momentos de profunda crisis.

Todos los que sentimos la Universidad como una misión de la sociedad para hacerla progresar, mejorar, para que avancen los jóvenes, las generaciones que se vienen incorporando a esta vieja institución, todos sentimos profundamente su pérdida porque Isabel estaba llamada a ser una parte de la solución de los problemas de nuestra institución.

Su preocupación permanente por mejorar la calidad de la enseñanza universitaria, y motivar a sus alumnos. Su inquietud por hacer avanzar a sus discípulos. Su reto constante por estimular a sus colegas y embarcarles en nuevos e ilusionantes proyectos. A los más cercanos, a mí mismo y a sus compañeros, nos preparaba continuos desafíos e inesperadas actividades.

He de reconocer que para mí, que he transitado junto a ella tantos caminos, desde sus tiempos de estudiante de derecho hasta la madurez y la plenitud, Isabel ha sido mucho más que la catedrática de Derecho Procesal de Sevilla, la Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación, que formó parte de Comisiones legislativas relevantes, la vicepresidenta de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; que estuvo tres años en el Gabinete del Ministro de Justicia, y fue vicedecana de la Facultad, que ha visitado como profesora invitada numerosas universidades europeas y latinoamericanas, que ha liderado importantes proyectos de investigación.

He tenido el enorme privilegio de verla crecer en sus tareas académicas, de disfrutar de sus logros, de haberle servido en ocasiones de apoyo, de confidente, y creo que de amigo al que con ese modo suyo de respetar profundamente, uno apreciaba hasta qué punto sus gestos reflejaban también un enorme cariño.

No solemos aceptar la muerte. Aunque sabemos que es inevitable, huimos

de esta palabra, como si el mero hecho de pronunciarla nos fuera a arrastrar; nos rebelamos contra ella y lo hacemos con ira cuando quien se ha ido se encontraba en la flor de la vida y, más aún, cuando era una persona tan buena, tan importante, tan esencial en todas las cosas que hacía como la profesora Isabel González Cano.

Y, aunque es una pregunta sin respuesta, me atrevo a lanzar al viento aquello de ¿por qué se van los mejores? Ahora nos toca vivir sin la presencia, sin el aliento y el estímulo de Isabel, pero nos queda su ejemplo, del que seguiremos aprendiendo ahora y en el futuro, y, en todo caso, permanecerá su gran obra científica. A los que la conocimos y la quisimos nos queda la firme voluntad y asumimos el deber de mantener viva su memoria porque, en alguna medida, los muertos dependen de nuestra fidelidad, de nuestros recuerdos.

LA GIUSTIZIA PENALE IN ITALIA DOPO TRENT'ANNI DI CODICE DI RITO

ITALIAN CRIMINAL JUSTICE AFTER THIRTY YEARS OF CRIMINAL PROCEDURE LAW

- Alfredo Gaito

Professore Ordinario di Diritto processuale penale.
Università degli Studi di Roma La Sapienza
alfredo.gaito@uniroma1.it

- Elvira N. La Rocca*

Ricercatore.
Università degli Studi di Roma La Sapienza
nadia.larocca@uniroma1.it

SUMARIO:

i. STORIA DI UN CODICE.- II. “IL PROCESSO INQUISITORIO
NEL CUORE”: LA CONTRORIFORMA AD OPERA DELLA
CONSULTA.- III.- IL “GIUSTO PROCESSO” IN COSTITUZIONE:
UNA NUOVA FASE DI RECUPERO PROVVISORIA.- IV.- BILANCI
E PROSPETTIVE

RESUMEN:

Il contributo ripercorre, in occasione dell'anniversario dell'entrata in vigore del codice di rito penale, le vicende storiche che lo hanno attraversato, le modificazioni normative e, nello specifico, la riforma sul c.d. “giusto processo”. Un bilancio si mostra necessario alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali che si pongono in prospettiva opposta rispetto agli obiettivi del legislatore.

PALABRAS CLAVE; Giustizia penale- legalità- diritti fondamentali

ABSTRACT:

On the occasion of the anniversary of the entry into force of the Criminal Procedure Law, legislative changes and, in particular, the

* L'elaborazione delle idee è stata comune. La materiale elaborazione dei §§ 1 e 4 è di Alfredo Gaito; quella dei §§ 2 e 3 è di Elvira N. La Rocca.

reform of the “fair trial” should be analysed. A balance sheet is necessary in the light of recent case-law which are contrary to the letter of the law and the Constitution.

KEYWORDS: Criminal justice- legality- basic rights

I. STORIA DI UN CODICE

Due anniversari così importanti, coincidenza della storia, stanno trascorrendo in un insolito, assordante silenzio: quello dall'entrata in vigore del “nuovo” Codice di rito penale² e quello della Legge costituzionale sul “giusto processo”³. Eppure, dopo trent'anni, anche le nuove generazioni, quelle che non hanno affatto vissuto le vicende che lo hanno attraversato, o che ne hanno conosciuto solo alcune, continuano a parlare di “nuovo codice”: viene sempre spontaneo, infatti, agli studiosi ma soprattutto alla giurisprudenza, uno sguardo retrospettivo teso sottolineare ciò che c'era prima e quanto è venuto dopo, la tendenza evolutiva di una nuova legge processuale rispetto ad un passato indimenticato, il passaggio ad un ineludibile cambiamento imposto dalla Costituzione.

Il codice denominato “Vassalli”, primo ed ultimo codice dell'Italia repubblicana, ha generato sin dal suo esordio entusiasmi e malcontento al tempo stesso, malgrado avesse alle spalle un lavoro incommensurabile, impegnato ad individuare la giusta misura e l'equilibrio nel conflitto tra autorità e libertà visto con la lente dei diritti individuali sanciti nella Carta fondamentale. Non era più tempo di tergiversare nella scelta di un modello, che doveva essere quello accusatorio⁴, innanzi alle insofferenze generate dai contrasti tra culture così diverse da non poter convivere, e che pure avevano individuato congegni ibridi che consentirono al Codice del 1930

2 Il codice di procedura penale fu emanato col D.P.R. n. 447 del 22 settembre 1988 ed entrò in vigore il 24 ottobre 1989

3 L. Cost. 23 novembre 1999 n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione).

4 L'approvazione della legge-delega 3 aprile 1974, n. 108, e la stesura del progetto preliminare di codice del 1978. La prima era più netta delle precedenti nel devolvere al legislatore delegato il compito di «attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio», sia pure secondo i principi ed i criteri distintamente elencati: la formula comparirà identica nella seconda, decisiva delega del 1987. Viene difatti abolita la fase istruttoria in quanto tale.

di sopravvivere per più di trent'anni dal varo della legge del 1955⁵, in quella che fu definita, proprio per dar conto degli ibridismi, una stagione di "garantismo inquisitorio"⁶. La Corte costituzionale, con alcune pronunce fondamentali che ebbero a chiarire il portato del diritto di difesa nella sua dimensione consacrata nella Legge fondamentale, contribuì, in quegli anni, ad un'opera di "distruzione" dell'impianto rigido del codice inquisitorio⁷. Sul terreno della politica legislativa, la scelta di fondo emergente dalle novelle successive all'entrata in vigore della Costituzione, insomma, ebbe il pregio di riflettere un netto distacco dai moduli della procedura inquisitoria, assumendo il significato di una decisa sterzata verso la costruzione di un processo adeguato ad una società tesa a tutelare come valori non tangibili la libertà e la dignità dell'individuo, un processo degno dell'uomo, di stampo tipicamente accusatorio ed in linea con canoni di tale tipo⁸.

La dottrina ancora oggi sottolinea quanto sia importante conoscere e rivisitare radici storiche, tradizioni ideali, modelli teorici e presupposti scientifici di un itinerario tanto fruttuoso, quale quello che ha portato alla stesura travagliata del codice del 1989⁹. Nonostante le vicende di sofferenza che da subito lo hanno interessato abbiano allontanato pressoché la scienza processualpenalistica da interessi e domande di tipo storiografico, oggi deve rimarcarsi come dietro quell'itinerario vi è stata una lenta ma forte presa di coscienza della necessità di imprimere alla regolamentazione processuale

5 Con la riforma del 18 giugno 1955, n. 517, fu previsto, per una primissima traduzione nella legge ordinaria del diritto sancito nell'art. 24 Cost., la prerogativa dell'avvocato ad assistere agli esperimenti giudiziari, alle perizie, alle perquisizioni domiciliari e alle ricognizioni e fu imposto al giudice istruttore l'avviso all'avvocato e poi il deposito dei verbali relativi a tali atti. Nel 1955, inoltre, entrava in vigore la L. 4 agosto 1955, n. 848, che recepì e rese esecutiva nell'ordinamento italiano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della salvaguardia delle libertà fondamentali. Questo aveva indotto la dottrina ad occuparsi dei rapporti che intercorrevano tra il codice di procedura penale e la Convenzione stessa, specie in quanto il primo, se anteriore, poteva ritenersi abrogato per incompatibilità. V. sull'argomento ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, 12; successivamente nello stesso senso GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giust. Pen.*, 1975, III, 522.

6 Da AMODIO, voce «*Motivazione della sentenza penale*», in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 181-257.

7 Cfr. Corte cost., n. 86 del 1968 e n. 148 del 1969; per l'ammissione della presenza dell'avvocato all'interrogatorio dell'imputato. V. Corte cost., n. 190 del 1970, nonché la L. 18 marzo 1971, n. 62; nonché Corte cost., n. 63 e n. 64 del 1972.

8 Così GAITO, *Onere della prova*, cit., 522;

9 Cfr. NEGRI, *Modelli e concezioni*, in *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2019, 13 ss; v. inoltre *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio*, a cura di Negri, Pifferi, Milano, 2011, *passim*. Nella letteratura straniera v. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *El nuevo roceso penal italiano*, in *Documentación Jurídica*, XVI, n. 61, 1989, *passim*.

penale la finalità di proteggere e garantire i diritti della persona, di modo che l'imputato non fosse più lasciato in balia dell'autorità statale, né il processo ridotto a strumento per l'attuazione di obiettivi politici contingenti¹⁰.

Unanimemente era maturata soprattutto negli studiosi l'idea per cui i principi costituzionali non lasciavano molto spazio alla possibilità di sopravvivenza d'un processo la cui struttura non era pensata per integrare appieno la tutela dei diritti individuali nella disciplina del codice: «tutt'altro. Quella conformazione rendeva bensì possibile accordare all'imputato il riconoscimento, spesso sterile o di facciata, di isolate garanzie, ma non si prestava ad essere riplasmata nell'ottica della indefettibile e prioritaria tutela dell'individuo voluta dalla Costituzione repubblicana»¹¹. Furono proprio gli studiosi ad interagire, per la prima volta, con l'apparato di governo per imprimere la loro visione sulla formulazione della nuova disciplina del processo penale, incidendo sull'esito dell'iter legislativo. L'interazione dialettica tra accademici e politici fu una inedita ma «felice congiuntura»¹² che consentì ai giuristi di avere un ruolo senza precedenti nella storia italiana delle codificazioni.

In questa convergenza può cogliersi, ormai con consapevolezza, la fisionomia di un codice come processo, e non quale produzione legislativa che si è avvalsa di meri suggeritori e stimolatori di riforme, come era accaduto in passato. Per avvedersene è sufficiente cogliere l'analiticità delle direttive contenute nella Legge n. 81 del 1987, caratterizzata quasi da una ipertrofia generata proprio da quella dignità scientifica tipica degli esponenti di una cultura allineata ai valori espressi dalla Costituzione, dalle prescrizioni internazionali sui diritti dell'uomo, per come espressamente imponeva la stessa Delega.

È bello ricordare che il coraggio di realizzare la svolta traumatica¹³ del ribaltamento del vecchio sistema processuale, quello inquisitorio, sia venuto proprio dall'accademia, lontana dalle reazioni emotive dell'opinione

10 BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale. Corso di lezioni per gli studenti di scienze politiche*, Padova, 1966, 179.

11 NEGRI, *Modelli e concezioni*, cit., 33.

12 AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Diritti individuali e processo penale*, cit., 343.

13 AMODIO, *Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996, 907.

pubblica e da suggestioni conservatrici che avrebbero potuto, invece, appartenere agli apparati istituzionali.

I pilastri su cui avrebbe dovuto -e dovrebbe ancora oggi- reggersi il nuovo processo si erano individuati nella titolarità delle investigazioni affidata al pubblico ministero, privato della potestà di formare la prova utile per la decisione in solitudine; in un giudice che ne controllasse le attività e ne autorizzasse, al ricorrere dei presupposti, attività incidenti sulle libertà individuali; in un'udienza filtro di garanzia rispetto all'azzardo sull'indebito esercizio dell'azione penale; in rituali, solo eventuali, alternativi e differenziati rispetto al corso ordinario del processo; e, soprattutto, in un dibattimento come luogo di assunzione della prova, non previamente conosciuta attraverso verbali contenenti dichiarazioni predibattimentali, da utilizzare solo in ipotesi eccezionali.

Si sarebbe apprestata, attraverso il codice, una terapia contro il disordine¹⁴ nel settore delle prove, ed un ordine come condizione necessaria ed imprescindibile della conoscenza giudiziale¹⁵: una «forma di competizione ritualizzata»¹⁶ avrebbe potuto fornire al giudice lo schema del giusto argomentare, rinvenibile nel paradigma della motivazione della sentenza, ponendo limiti ad ogni sorta di soggettivismo incontrollato nella formazione del convincimento.

Al tempo stesso si sarebbe garantita l'imparzialità del giudicante nella fase dell'assunzione della prova e quella netta cesura tra fase procedimentale e processo che solo qualche anno dopo, tuttavia, avrebbe scatenato il «grido di dolore»¹⁷ dei magistrati che lamentavano la perdita dei poteri, e a cui non è rimasta insensibile la Corte costituzionale.

II. “IL PROCESSO INQUISITORIO NEL CUORE”: LA CONTRORIFORMA AD OPERA DELLA CONSULTA.

Qualcuno lo aveva predetto: «molti hanno il cosiddetto processo

14 V. A. GIULIANI, voce «Prova (filosofia)», in *Enc. Dir.*, Milano, 1998, 518 ss.

15 Cfr. in tal senso DE LUCA, *Il sistema delle prove penale e il principio del libero convincimento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 1257.

16 Così ancora DE LUCA, *Il sistema delle prove*, cit., 1275.

17 Così AMODIO, *Affermazioni e sconfitte*, cit., 909.

accusatorio sul labbro, ma il processo inquisitorio nel cuore»¹⁸. Pronunciato molti anni prima, “il monito è stato destinato a risuonare, subito dopo il varo del codice del 1988, come un’indovinata profezia”¹⁹.

Le ostilità generalizzate e diffuse nei confronti degli strumenti e delle soluzioni contemplate nel “nuovo” codice di procedura penale non hanno tardato a manifestarsi, quasi che certi settori delle istituzioni dovessero essere immutabili, sempre identici a se stessi, a dispetto e contro l’evidenza di risultati tanto modesti da documentare per ciò solo il bilancio fallimentare di un’esperienza adatta certamente al mondo statico di una volta, ma che non aveva più senso e non l’avrebbe avuto neanche nel futuro²⁰.

Che la cultura del nuovo codice avrebbe avuto difficoltà ad affermarsi in un ambiente tradizionalmente conservatore ed esposto, quindi, alla “sindrome della riforma”²¹, era noto. Quello che però si auspicava come un malessere non più che passeggero è subito diventato “malattia cronica”. In realtà, il momento dell’entrata in vigore del codice di rito -e ancora oggi tali considerazioni conservano attualità- è stato caratterizzato da una “domanda di cultura per un verso più vasta dell’offerta e per l’altro contenutisticamente variegata e contraddittoria”²². A tanto si è aggiunto che da qualche momento i giuristi del codice avrebbero perso la legittimazione ad interloquire con le istituzioni, essendo venuta meno la loro originaria posizione di “attori del processo di riforma”²³. Si è trattato di circostanze che hanno reso possibile l’irrobustirsi del fronte dei nostalgici del rito inquisitorio, di quegli esponenti della magistratura che non avevano mai -e non lo avrebbero fatto neanche in futuro- accettato gli equilibri instaurati tra accusa e difesa dal nuovo sistema, forieri di una estromissione della prima dalla gestione della prova in sede dibattimentale. L’intero sistema creato del codice, quello fondato pressoché sul divieto di contaminazione del convincimento giudiziale attraverso atti probatori altrove ed in precedenza

18 NUVOLONE, *Dibattito*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965, 195.

19 COSÌ NEGRI, *Modelli e concezioni*, cit., 39.

20 GAITO, *Cultura processuale e autocritica*, in *Il giusto processo*, 1990, n. 7, 309.

21 GAITO, *Cultura del nuovo processo penale e sindrome della riforma*, in *Il giusto processo*, 1989, n. 1, 11; D. MARAFIOTI, *Le grandi manovre: chi ha paura dell’accusatorio?*, *ibidem*, 16; e ancora GAITO, *Cultura processuale*, cit., 311.

22 GAITO, *Cultura processuale*, cit., 314.

23 AMODIO, *Affermazioni e sconfitte*, cit., 914

formati, non era riuscito gradito dalla magistratura e senza che fu necessario provvedere alla sua revisione, ne furono rotti gli assetti ed i capisaldi in brevissimo tempo. I noti incidenti di legittimità costituzionale, che hanno colpito al cuore il processo in senso accusatorio, aprendo una breccia sul fronte dell'oralità e del contraddittorio, hanno rappresentato il punto di avvio di una degenerazione fulminea ancora oggi inarrestabile, nonostante quel "nuovo" codice continui a sopravvivere tra gli interventi creativi della giurisprudenza che, di fatto, ne hanno svuotato contenuti e vitalità. Da alcune decisioni della Corte costituzionale²⁴ è derivata la caduta a precipizio dell'impianto garantito e fondato sulla impermeabilità del dibattito alle conoscenze acquisite durante la fase preliminare e quindi formate fuori dal contraddittorio²⁵. Con tre sentenze, la Consulta dichiarò illegittime le regole di esclusione della prova contenute negli artt. 195, 500 e 513 c.p.p. che sancivano il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria, l'irrelevanza probatoria delle dichiarazioni contestate al testimone e delle dichiarazioni rese dal coimputato avvalendosi della facoltà di non rispondere. Si realizzò nella sostanza il ritorno ad un'istruzione sommaria nella quale le prove da acquisire sarebbero state formate dall'accusatore in solitudine, con la regressione, dopo il breve passaggio dal processo inquisitorio ad uno accusatorio, al processo inquisitorio nemmeno garantito²⁶. La conseguenza pratica, derivante dal far assurgere indirettamente a valore costituzionalmente garantito il principio della conservazione della prova, fu l'incredibile incremento dei poteri della parte accusatrice.

Era ed è vero, d'altronde: dal processo inquisitorio o misto al processo accusatorio il cammino è faticoso. Non è vero l'inverso. Dal processo accusatorio all'inquisitorio il passaggio è agevole, lo si percorre rapidamente²⁷.

L'effetto paradossale di un codice creato per attuare i principi

24 Corte cost., nn. 24, 254 e 255 del 1992. E il conseguente *Commiato*, in *Il giusto processo*, 1992, n. 16, 291 ss. e in particolare 295 «A questo punto, all'impegno diuturno e appassionato per il rispetto della natura delle funzioni, della sfera delle attribuzioni, della dialettica tra i poteri, subentra lo sconforto...».

25 Così NEGRI, *Modelli e concezioni*, cit., 46. In precedenza, NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 34 ss.

26 Cfr. PANSINI, *Il nuovo processo penale italiano (le ragioni di un fallimento)*, in *Id.*, *L'illusione accusatoria*, Napoli, 1998, 115.

27 FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 1455.

costituzionali, demolito dalla stessa Consulta, fatta di uomini che avrebbero dovuto attuarli e vigilare sul loro rispetto, ha rappresentato la sconfitta dell'accusatorietà nella lotta tra le ideologie che, a ben vedere, finivano per alimentarsi della stessa Carta di diritti e valori. Probabilmente, ad incoraggiare una visione riduttiva del contraddittorio era stato, senza intenzione, proprio il legislatore: l'ingiustificato, seppur ridotto, spazio concesso a dichiarazioni segretamente raccolte nelle indagini preliminari, ma soprattutto la previsione di riti negoziali, quale antitesi del confronto pubblico e antagonista fra le parti, hanno potuto contribuire a screditare il profilo pubblicistico del contraddittorio come tecnica di accertamento²⁸.

Gli squilibri che si sono innestati nell'articolato dell'88, anche attraverso la legislazione speciale d'urgenza²⁹, hanno comportato l'insinuarsi del sistema inquisitorio su quello accusatorio, con effetti non per questo meno devastanti, dovuti proprio allo "sconvolgimento di un sistema ad opera di altro sistema"³⁰. Ha iniziato a farsi strada il populismo giudiziario, animato anche dalle vicende poco felici che, per la loro efferatezza, hanno colpito l'animo della collettività ed incentivato quell'exasperato, forse comprensibile, bisogno di sicurezza che qualsiasi classe politica avrebbe potuto sfruttare mettendo mano proprio al codice di procedura penale.

Del resto, è risaputo: tra l'esigenza di giustizia filtrata dalla logica e il nudo istinto di vendetta, la storia è sempre al bivio tra l'una e l'altro. Basta un nulla perché dall'una si precipiti nell'altro, e questo nulla risiede nella coscienza morale dell'individuo, mantenere illesa la quale è l'unica fragile condizione che ha la vita umana di sopravvivere³¹. A ben guardare, e mai come oggi conviene sottolinearlo, l'emozione collettiva è certo un fatto di grande rilievo, che crea in capo agli organi istituzionali un obbligo di riflessione, il filtro della logica appunto. Sulle onde emotive non possono mai fondarsi

28 "Un legislatore che pretende di affidare gran parte del carico penale a riti dove si decide sulla base degli atti direttamente compiuti dall'accusatore non mostra di tenere in gran considerazione il contraddittorio come tecnica di accertamento. Così FERRUA, *La sentenza*, cit., 1466-1467.

29 Si ricordi per tutte, all'insegna del degrado del sistema, il D.L. 8 giugno 1992, n. 306 (poi convertito nella Legge 7 agosto 1992, n. 356), che ha potenziato l'efficacia dell'attività investigativa favorendo l'uso in dibattimento dei relativi risultati senza i quali sarebbe stato difficile giungere a decisioni di condanna.

30 Così FERRUA, *La sentenza*, cit., 1456.

31 Esemplarmente CAPOGRASSI, *Il "quid ius" e il "quid iuris" in una recente sentenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1948, 62; v. anche DI CHIARA, *Libertà globale e valori della persona: linee problematiche del codice del 1988*, in *Il giusto processo*, 1991, 97 ss.

modifiche strutturali del sistema, non meditate, le cui conseguenze prima facie sfuggono. Gli obiettivi di politica criminale non possono realizzarsi intervenendo sul processo, che altro non è se non metodo, da mantenere neutro e finalizzato all'accertamento del fatto³².

III. IL “GIUSTO PROCESSO” IN COSTITUZIONE: UNA NUOVA FASE DI RECUPERO PROVVISORIA.

La volontà di ripristinare certi equilibri stabili tipici del sistema inquisitorio ha rappresentato un'eredità troppo preziosa per potervi rinunciare. Solo settorialmente, negli anni Novanta si è tentata una razionalizzazione del sistema nel paragone con i principi costituzionali, che si è tradotta in alcuni interventi legislativi troppo settoriali per poter parlare di effettivo ritorno ai corollari tipici dell'accusatorietà³³. A dieci anni dalla svolta inquisitoria, come è a tutti noto, è stato necessario inserire il “giusto processo” ed il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Legge fondamentale: solo così sarebbe stato impossibile percorrere la strada degli incidenti di incostituzionalità per distruggere il metodo adottato dal legislatore del 1988. L'integrazione particolarmente cospicua, quantitativamente e qualitativamente, dell'art. 111 Cost.³⁴, data dalle previsioni riecheggianti quelle formulate nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha tradotto l'intenzione del legislatore costituzionale di fare del contraddittorio l'elemento nucleare della giurisdizione³⁵ e, al tempo stesso, ha recepito la scelta fondante di un codice che aveva voluto un metodo preciso per la ricostruzione dei fatti e della responsabilità penale.

È infatti al processo penale che il riformatore costituzionale ha dedicato maggiore attenzione con il proposito di assicurare il più alto

32 Cfr. DI CHIARA, *Libertà globale*, cit., 101.

33 Cfr. ad esempio la L. 8 agosto 1995, n. 332, in materia di libertà personale e la L. 7 agosto 1997, n. 267, sull'uso probatorio delle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari senza il confronto dell'imputato con l'autore delle dichiarazioni stesse.

34 Avvenuta con la L. costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.

35 FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, 55; successivamente GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, *ivi*, 2001, 1130.

tasso di dialetticità nell'accertamento, per scongiurare, probabilmente, il riprodursi dell'eversione già verificatasi in un passato non troppo lontano e gli sconfinamenti della Consulta da direttive metodologiche tanto precise, quanto a volte scomode, ma di certo non adattabili né derogabili se non entro le maglie strette di eccezioni, sempre contemplate nella Carta fondamentale.

Il paradigma ha voluto imporre che la prova si formi nel contraddittorio. In alcune ipotesi tassativamente previste se ne può prescindere, ma in ogni caso non può essere affermata la colpevolezza di un soggetto sulla base delle dichiarazioni rese da chi si è deliberatamente sottratto al confronto dialettico con quest'ultimo. È stato questo il risvolto necessario d'una formula tanto categorica³⁶ da rendere la fase dibattimentale impermeabile alle contaminazioni derivanti dal materiale raccolto unilateralmente nelle fasi anteriori.

In altre parole, l'art. 111, co. 4, Cost. ha posto un'implicita regola di esclusione, volta a bandire l'uso come prova dei fatti oggetto del processo, ai fini della sentenza di merito, di elementi generati al di fuori di quel tipo di contraddittorio che vede contestualmente impegnate entrambe le parti nel trarre dalla fonte i risultati a sé favorevoli³⁷. Accanto a questa, che è la fattispecie "primaria", ve ne è stata posta una "vicaria"³⁸ che per realizzarsi, tuttavia, ha bisogno di un fatto processuale³⁹ - consenso dell'imputato, impossibilità sopravvenuta e condotta illecita- bisognoso di essere accertato ed in mancanza del quale non è consentita nessuna fungibilità tra atto della fase preliminare e prova, strumenti differenti e dai risultati non intercambiabili.

La regola del contraddittorio, dapprima enunciata nella Costituzione e poi concretizzata nelle disposizioni codicistiche⁴⁰, è stata affiancata dalle specificazioni normative finalizzate ad ottenere la parità tra le parti: contemporaneamente ai lavori parlamentari di modifica dell'art. 111 Cost., le rivendicazioni dell'avvocatura avevano compulsato l'iter di approvazione

36 NEGRI, *La disciplina costituzionale*, in *Fondamenti*, cit., 144.

37 Cfr. Corte cost., n. 36 del 2002; al proposito cfr. NEGRI, *La disciplina*, cit., 145

38 Cfr. GIOSTRA, *Analisi e prospettive*, cit., 1131.

39 Cfr. E. CATALANO, *L'accertamento dei fatti processuali penali*, in *Ind. Pen.*, 2002, 550.

40 Con la L. 1 marzo 2001, n. 63

delle norme dirette ad irrobustire la disciplina delle investigazioni difensive⁴¹, in modo da conferire all'imputato in primis facoltà e poteri paragonabili, ma per nulla sovrapponibili, a quelli degli organi dell'indagine pubblica.

Basti questa descrizione grossolana per far rivivere il senso del recupero ad opera della Costituzione dell'accusatorietà del rito penale. Ma conviene subito avvertire come la riscrittura dell'art. 111 Cost. abbia di certo posto fine ad una fase di riflessione sul processo, aprendone un'altra nella quale si sarebbero dovute abbandonare le differenze ed i paragoni con la vecchia tradizione. E non può certo dirsi, decorsi due decenni, che l'abbandono delle metodologie obsolete sia giunto ad una maturità che il tempo, solo questo, avrebbe potuto imporre.

La Costituzione dovrebbe rappresentare per gli operatori del processo la linea di orizzonte. Seppure le riflessioni astratte e le proposte politiche di trasformazione possano ben spingersi al di là di quella linea, saggiarla e persino forzarla, per immaginare come migliori e desiderabili i metodi che si estendono al di là dei suoi confini, il giurista dovrebbe collocarsi sempre all'interno dell'ambiente delimitato dalla Carta fondamentale. E che così non sia stato e non sia per molti, e sempre di giuristi si tratta, è una presa d'atto tanto dolorosa quanto obbligata decorsi vent'anni da quella riforma. L'ostilità verso il paradigma migliore per l'accertamento giurisdizionale non è ancora tramontata, sta guadagnando campo in modo più o meno silenzioso, in un divenire di concetti che fanno registrare sensi d'estraneità a chi in quel modello ha creduto, lo ha idealizzato per la sua potenzialità garantistica di metodo in grado di produrre una decisione giusta, e ne deve prendere contezza, invece, per l'esatto contrario di quanto sta scritto. Qualcuno avrebbe parlato di "living Constitution", a fronte di quella "ormai di carta"⁴². Ma si sa che la bontà di una norma o di un indirizzo giurisprudenziale, ma anche di un principio, non possono essere valutate solo per la loro coerenza con altri principi astratti, se poi questi vengono disattesi nella quotidianità. La procedura penale è "una scienza pratica"⁴³ che solo nel momento di vita delle norme e dei principi consente di valutare la fattibilità di certe soluzioni,

41 L. 7 dicembre 2000, n. 397

42 NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo- teoria dello Stato- epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 32.

43 V. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, cit., 71-72.

con esiti variabili in base ai diversi contesti storici e politici.

Sempre per coincidenze strane, sull'assetto costituzionale formalmente immutato, in vent'anni di giusto processo si sono innestate altre esigenze, devianti rispetto al senso ed al fine che il metodo ed il principio del contraddittorio si premuravano di perseguire. Per un verso, i forti bisogni securitari e di tutela dell'offeso del reato hanno creato il bisogno di bilanciare i diritti dell'accusato con le prerogative di protezione, fuori e dentro il processo, della vittima. Si è trattato di un bisogno avvertito ed imposto dalla "piccola ma anche dalla grande Europa"⁴⁴, che ne ha rafforzato le garanzie e le prerogative autorizzando la giurisprudenza interna a compiere bilanciamenti tra valori necessariamente confliggenti. Coticché, proprio per quel concerne il metodo di formazione della prova, è stato agevole rinvenire nell'esigenza di tutela della vittima un fattore di apertura di nuovi varchi per un'attività di costruzione e ricostruzione del diritto oggettivo⁴⁵.

Un altro fattore preoccupante è quel continuo bisogno di efficienza, forse fisiologico innanzi alle lungaggini provocate dal rispetto delle regole, ma non certo dall'esercizio del diritto di difesa dell'imputato, che quelle regole ha interesse a che si rispettino. Si tratta di un fattore da tempo foriero dell'espansionismo giurisprudenziale e della crisi di una delle idee che trova nel diritto penale e processuale penale il suo campo privilegiato di riferimento: quella di legalità. Le denunce della sua caduta animano ormai il pensiero di studiosi ed operatori: chi più e chi meno bene avverte il bisogno di sottolineare quanto siano varie le incarnazioni del diritto processuale penale applicato in questi anni, lontane dalla norma, mosse da finalismi⁴⁶ di giustizia del caso singolo, malgrado l'esistenza di una legge processuale positiva non ignorabile, né sovvertibile a piacimento di chi ha la funzione di

44 MAZZA, *La procedura penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 33 ss.

45 Delle compensazioni operate dalla Corte di Strasburgo tra i diritti dell'accusato, un tempo prevalenti rispetto alle esigenze di difesa sociale, ed interessi diversificati a quest'ultima riconducibili (Corte e.d.u., Gr. Ch., 15 dicembre 2011, Al- Khawaja e Tahery c. Regno Unito; Corte e.d.u., 31 luglio 2014, Jannatov c. Azerbaijan; Id., 27 febbraio 2014, Lucic c. Croazia) ha tratto profitto la giurisprudenza interna nell'utilizzazione di prove formate fuori ed oltre il contraddittorio ed il confronto tra accusato ed accusatore, con degradazione delle regole di esclusione in regole di valutazione dei dati gnoseologici per far salvo l'esito iniquo della condanna basata su prova unica e determinante. Cfr. Cass., Sez. IV, 18 ottobre 2011, F., in *Mass. Uff.*, n. 251660.

46 È inevitabile pensare alle erosioni della tassatività delle patologie, all'abuso del processo, alle forme di inammissibilità delle impugnazioni la cui declaratoria è rimessa alla discrezionalità del singolo giudice perché ancorata ad una fattispecie normativa indeterminata.

ius dicere, quali che siano le sue valutazioni circa l'irrazionalità o l'immoralità di quanto vi si trovi scritto⁴⁷.

IV. BILANCI E PROSPETTIVE

“Giustizia per principi e valori costituzionali senza fattispecie, principio di legalità obsoleto, richiami ormai naif alla lettera della legge, dogmatica floue, accertamento del fatto di reato da conformare ai desiderata della collettività per poterne ottenere consensi”⁴⁸. Esce aggravato questo quadro, già messo in luce da qualche tempo. Oggi, il senso di vuoto e di squilibrio è forte, solo che si tenga conto dei più recenti ed eclatanti attentati al metodo contraddittorio.

Non si ritrova, negli scenari attuali ed in quelli già preventivabili, tutto ciò che era stato vissuto come componente o obiettivo importante di un corretto sistema penale: “regole precostituite del punire, processo in funzione di mero accertamento e non come arsenale e strumentario per controlli sociali atipici, certezza probatoria e non già prove sociali”⁴⁹. Se probabilmente qualche tempo fa ci si sarebbe opposti all'idea per cui il codice del 1989 si sarebbe risolto in un ibrido pasticcio con predominio della fase inquirente e del pubblico ministero, con un dibattito ormai vissuto come una fastidiosa perdita di tempo da scoraggiare ed eludere⁵⁰, oggi è impossibile negare che più che il codice, siano le sue deformazioni a risolversi in linee antitetiche: verità materiale, conservazione, limitazioni di quel contraddittorio tanto utile quanto difficile da mantenere vivo.

Le dissociazioni tra modelli e realtà si presentano non più latenti ma dominanti. Se ne avverte un rafforzamento oltre che nella prassi, proprio nel pensiero della Corte costituzionale italiana, ormai avveza a sminuire corollari fondamentali del giusto processo attraverso interpretazioni creative e suggerimenti malcelati rivolti al legislatore. È proprio il contraddittorio

47 CHIAVARIO, voce «*Diritto processuale penale*», in *Enc. dir.*, 2016, 301.

48 Così già evidenziava i punti dolorosi di un sistema oramai in crisi NOBILI, *Nuovi modelli*, cit., 44.

49 Cfr. NOBILI, *Nuovi modelli*, cit., 44.

50 L. FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico in Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di Bruti Liberati, Ceretti, Giansanti, Milano, 1996, 80.

ad uscirne “maltrattato”, eroso nelle sue componenti fondamentali, quelle dell’oralità e dell’immediatezza, praticabili attraverso l’ascolto dei testimoni innanzi al giudice della decisione, funzionali alla garanzia di difesa, sacrificabile- ancora una volta con troppa indifferenza- “sull’altare di una mera condizione di efficienza, quale la ragionevole durata del processo; senza, peraltro, che questo sacrificio possa contribuire, se non in minima parte, all’accelerazione dei tempi processuali”⁵¹. In una delle sue recenti decisioni⁵² si misura l’arbitrio giudiziario, senza limiti di sorta ormai, che abbatte ogni vestigia di distinzione dei poteri, mediante invasione dell’altrui sfera di attribuzioni, corrosa e svuotata al punto da rendere impossibile la reciprocità di bilanciamenti e controlli, caratteristica essenziale dei regimi ad ordinamento democratico. La Corte costituzionale, infatti, nella quale si era riposta una fiducia immeritata solo qualche mese addietro⁵³, si erge “a cattiva maestra d’un legislatore”⁵⁴ già impegnato in un’opera di distruzione di quel poco che resta, suggerendogli quanto sarebbe utile un intervento volto ad introdurre deroghe al principio di immediatezza in modo da sopprimere il diritto alla rinnovazione della prova in caso di mutamento del giudice in corso di processo. È qui che si sgretola l’equilibrio di poteri tra legislatore e giurisdizione. Nel prendere posizione sul preteso bilanciamento fra efficienza processuale e garanzie, la Corte costituzionale predilige l’efficienza rendendo flessibili i diritti fondamentali dell’uomo⁵⁵. Il processo finirà per avere una validità non tanto cognitiva, quanto punitivo-repressiva in aperto contrasto con la presunzione di non colpevolezza, che impone un processo neutro rispetto alle ipotesi di accusa, scevro da finalità estranee a quelle di accertamento e con lo scopo di ottenere una decisione giusta⁵⁶.

Ma quello di ritorcere contro l’individuo difficoltà ed inefficienze proprie dell’apparato statale, d’altronde, è l’intento già tradotto dal legislatore nelle emende alle norme sulla prescrizione⁵⁷, istituto che vuole

51 FERRUA, *Il sacrificio dell’oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *questa Rivista*, 2019, 394.

52 Corte cost. n. 132 del 2019.

53 Cfr. LA ROCCA, GAITO, *Il “controlimite” della tutela dei diritti processuali dell’imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in *questa Rivista*, 2019, 13.

54 NEGRI, *La Corte costituzionale mira squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, in *questa Rivista*, 2019, 409.

55 V. anche Cass., sez. un., 30 maggio 2019, (dep. 10 ottobre 2019), P.G. in proc. Bajrami, in www.archiviopenale.it. V. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *questa Rivista*, 2019, 404.

56 MAZZA, *Il sarto costituzionale*, cit., 404.

57 Con la prevista entrata in vigore della Legge 9 gennaio 2019, n. 3.

superarsi insieme all'idea del diritto penale fatto anche esso di limiti posti a vantaggio dell'imputato, che si vuole tale per un tempo indefinito.

Lo scenario futuro del processo penale non rassicura. All'orizzonte, nonostante l'interpello continuo ed inappropriato all'efficientismo, vi è un'amministrazione della giustizia in dissesto, quasi pianeta solitario nella pur criticabile costellazione delle amministrazioni pubbliche.

Le toghe egemoni produrranno ancora, così come hanno prodotto, lo straripamento del potere giudiziario, con punte di usurpazione del potere politico, fino allo sconfinamento nella potestà legislativa e di governo.

Si tratta di una grave responsabilità che la giurisdizione si assume nei confronti dell'uomo, dei suoi diritti, delle sue tutele, quelle che trovano consacrazione nelle Carte fondamentali, nonostante le oscillazioni della giurisprudenza delle Corti europee che fanno dubitare, in alcuni casi, della loro tradizionale e reale portata.

In questa situazione, in cui si tentano moltiplicazioni degli strumenti di tutela dei diritti a livello sovranazionale⁵⁸, che coinvolgono le Corti europee ed il loro sindacato sulle violazioni interne dei diritti individuali, le prospettive di cooperazione tramite il dialogo tra giurisdizioni interne e sovranazionali, rischiano di persino di ridurre l'efficacia di talune prerogative irrinunciabili per l'uomo.

Il c.d. "dialogo fra le Corti" potrebbe essere, e lo è stato, un aspetto positivo nel più ampio fenomeno della "globalizzazione" dei diritti. Molti fattori, tuttavia, rischiano di intersecarsi, cosicché interessi che un tempo e per tradizione assumevano un ruolo secondario potrebbero essere prediletti a svantaggio di irrinunciabili valori posti a tutela dei diritti individuali. Basti solo ricordare come, proprio a proposito del diritto dell'imputato ad ascoltare il testimone a carico, ad esaminarlo innanzi al giudice della decisione, la Corte di Giustizia UE, investita della questione pregiudiziale sulla compatibilità di tale diritto con quelli della vittima testimone, ha rimesso al giudice l'opzione di garantire oralità ed immediatezza⁵⁹. La sola normativa interna avrebbe invece impedito, malgrado le interpretazioni creative della prassi poco sopra richiamate, manomissioni discrezionali dei

58 Attuazione dei Protocolli addizionali n. 15 e n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDH), su cui v. di recente Luciani, Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della Cedu, in www.sistemapenale.it

59 V. Corte di Giustizia UE, 29 luglio 2019, C-38/18.

principali corollari del processo equo.

Se un tempo, allora, era proprio nel dialogo tra Corti che si riponeva un affidamento per interpretazioni finalizzate ad ampliare i diritti fondamentali nel processo, oggi non ci si può attendere la risoluzione dei problemi dei rapporti fra i diritti e fra i diritti e gli interessi sociali, che dovrebbero essere governati, anzitutto, dai legislatori dei vari Stati, consapevoli dell'importanza del loro ruolo che non può ammettere che sia il potere giudiziario ad assumere scelte fondamentali⁶⁰.

Occorre essere cauti nell'ampliare il raggio di azione di pur utilissime Corti non nazionali, che si autointerpretano, assecondando di volta in volta esigenze disparate, emozioni collettive, finalismi che poco hanno a che vedere con le garanzie di equità.

Conta assai poco che il nuovo corso trovi il sostegno di un'opinione pubblica frastornata, che marcia "a passo di giudice", inconsapevole delle forzature di cui è fatta la torsione tipica di un populismo di basso livello, ignaro dei valori fondamentali di civiltà.

Seppure il pessimismo non possa essere taciuto, occorre tenere fermi più che mai, almeno nelle riflessioni delle nuove generazioni di accademici, certi valori razionali, ponendocisi l'obiettivo di ricostruire i modelli di stretta legalità che mirino a ridurre al massimo l'arbitrio giudiziale sul piano del processo: un insieme di vincoli e di regole all'esercizio del potere, assumendo come tali legalità sostanziale e processuale⁶¹. Non si tratta di strumenti inservibili, di ricette fallaci, di finalità sfuggenti. Sono gli ideali che restano quanto meno per la forza morale che vi sta dietro e che gli stessi giudici, pur soggetti ancora solo alla legge, ignorano con indifferenza.

60 LUCIANI, *op. cit.*, 4.

61 Cfr. NOBILI, *Nuovi modelli*, cit., 45.

EL MINISTERIO PÚBLICO COMO AUTORIDAD JUDICIAL EMISORA DE UNA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

*A María Poza, mi querida compañera de anhelos y desvelos
en el mundo de la cooperación judicial, con admiración y agradecimiento.*

PUBLIC PROSECUTOR AS JUDICIAL ISSUING AUTHORITY OF A EUROPEAN ARREST WARRANT IN THE RECENT COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNIÓN'S CASE-LAW

Francisco JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ.

Miembro Nacional de España en Eurojust.
fjimenezvillarejo@eurojust.europa.eu

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- MINISTERIO PÚBLICO Y RECONOCIMIENTO MUTUO. III.- JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE AUTORIDAD JUDICIAL EMISORA DE UNA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA. 3.1.- Antecedentes: trilogía de sentencias del TJUE de 10 de noviembre de 2016. 3.2.- Una vuelta de tuerca más en la depuración del concepto de “autoridad judicial de emisión” de la OEDE: Sentencias de la Gran Sala del TJUE de 27 mayo 2019. 3.3.- Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 9 de octubre de 2019, en el asunto NJ, sobre la OEDE de la Fiscalía de Viena. 3.4.- Sentencias dictadas por el TJUE (Sala Primera) el 12 de diciembre de 2019. IV.- REACCIONES A LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: DOCUMENTO CONJUNTO EUROJUST/RJE “COMPILACIÓN DE RESPUESTAS

RESUMEN

La Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la orden europea de detención y entrega, fue el primer instrumento de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el espacio judicial europeo. La relevancia práctica de este instrumento normativo explica que sea la norma en la que se han planteado el mayor número de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y, por lo tanto, sobre la que existe la más rica jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el campo de la cooperación judicial en materia penal.

Este trabajo analiza la evolución de la doctrina derivada de las sentencias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo delimitando el concepto de “autoridad judicial emisora” de la orden europea de detención y entrega. Entre las mismas destacan las dictadas en 2019, que finalmente consagran una interpretación amplia de este concepto autónomo del Derecho de la Unión, integrador del Ministerio Público, al que reconoce como un actor cada día más relevante de la justicia penal. Dicho reconocimiento está supeditado a garantías de independencia funcional que aseguren su imparcialidad, como requisito necesario de la adecuada proporcionalidad de dicha medida, así como la protección del derecho a la tutela judicial efectiva del reclamado, inherente a la apropiada revisión judicial de dicha decisión. En mi opinión, esta doctrina trasciende del mero reconocimiento mutuo, afectando la organización y funcionamiento estatutario del Ministerio Público en la UE, lo que le convierte en una jurisprudencia de gran alcance y una oportunidad para reflexiones de mayor profundidad sobre la importancia y la idoneidad del papel del Fiscal en los sistemas judiciales europeos

Palabras clave: Autoridad Judicial de Emisión – Orden Europea de Detención y Entrega – Ministerio Público – Independencia – Tutela Judicial Efectiva – Reconocimiento Mutuo -

ABSTRACT

The Council Framework Decision 2002/584/JHA, of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant was the first instrument for mutual recognition on criminal matters within the European Judicial Area. The outstanding practical relevance of this legal instrument easily explains how it has triggered the greatest number of preliminary rulings raised by the judicial authorities of the Member States and, therefore, produced the richest jurisprudence from the Court of Justice of the European Union in the field of Justice and Home Affairs.

This paper surveys the development of the case law stemming from the most recent and relevant sentences issued by the Court of Justice of the European Union when defining the concept of the European arrest warrant's "issuing judicial authority". Among the judgments, the ones issued in 2019 stand out, so they finally confirmed a broad and flexible interpretation of this autonomous concept of the Union Law that allows the Public Prosecutors, as a relevant actor in criminal justice administration, to be considered as issuing judicial authority. This recognition is subordinated to the functional independence of the Public Prosecutor in order to preserve the impartiality needed for the performance of the proportionality test and effective judicial protection of a given European arrest warrant. In my opinion, this case law goes beyond mere mutual recognition affecting the functioning and organisation of the Public Prosecution Services within the EU, turning out in a long-reaching case law and, also, a great opportunity for deeper reflections about the importance and suitability of the PPOs within the European judicial systems.

Keywords: Public Prosecutor – Judicial issuing authority – European Arrest Warrant- Public Prosecutor- Independence – Effective Judicial Protection – Mutual Recognition -

LISTADO DE ABREVIATURAS.

CE.- Constitución Española

DM OEDE.- Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de

2002, sobre la orden europea de detención y entrega

EOMF.- Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

ENCJ.- European Network of Councils for the Judiciary/Red Europea de Consejos Judiciales

ESLJ.- Espacio de Seguridad Libertad y Justicia

GENVAL.- Grupo sobre Cuestiones Generales incluida la Evaluación, del Consejo de la UE

JCIT.- Judicial Cooperacion Instruments Team/Equipo de Instrumentos Judiciales de Eurojust

LOPJ.- Ley Orgánica del Poder Judicial

OEDE.- Orden europea de detención y entrega

OEI.- Orden Europea de Investigación

PPU.- Procédure Préjudicielle d'urgence/Procedimiento Prejudicial de Urgencia

RJE.- Red Judicial Europea

TEDH.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE.- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE.- Unión Europea

I.- INTRODUCCIÓN

1. Con la perspectiva que nos proporciona, el recientemente celebrado, XX aniversario de la cumbre de Tampere, podemos afirmar sin riesgo a equivocarnos que el ESLJ es el mayor logro del constitucionalismo de la

UE en las últimas décadas. Como es sabido, el TFUE suprime la estructura de pilares “comunitarizando” materias como la cooperación judicial penal, en superación del hasta entonces conocido como “tercer pilar” de la arquitectura competencial europea. La construcción del ESLJ, ha supuesto un enorme esfuerzo normativo, tanto a nivel europeo como nacional, habiéndose desarrollado múltiples iniciativas legislativas a un doble nivel sustantivo y procesal. Por un lado, se ha avanzado en la aproximación normativa del Derecho Penal sustantivo, en particular en los denominados *eurodelitos*, de especial gravedad y dimensión transfronteriza, relacionados en el artículo 83 (1) del TFUE. Por otro lado, destaca sobremanera el despliegue de los instrumentos procesales encaminados a desarrollar la “hoja de ruta” trazada en el año 2000¹ en relación al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales, como “piedra angular” de la cooperación judicial, en base al artículo 82 (1) del TFUE. Ello ha permitido construir toda una arquitectura normativa, sin precedentes en otra región del mundo. Además, como quiera que el Derecho Procesal penal tiene un gran impacto en los derechos fundamentales, el esfuerzo normativo de la UE por actualizar y armonizar el marco legal, en este sentido, ha sido igualmente notable.² Lo más sorprendente es que, este andamiaje normativo, se ha desplegado dentro de la UE, respetando la singularidad de los distintos sistemas judiciales y tradiciones jurídicas de los Estados miembros; sobre todo, en lo que respecta a su diseño institucional, que se ha mantenido prácticamente inalterado durante esta época de frenéticos cambios normativos, como verdadero último reducto de la soberanía nacional en el ESLJ.

Como quiera que el Derecho de la Unión asume el principio de respeto a los sistemas y tradiciones jurídicas³, nos encontramos dentro de la UE, no ya con una variedad de sistemas legales o de ordenamientos jurídicos, también con una diversidad de sistemas judiciales entre los Estados miembros que la integran. Por ello, cuando hablamos de la independencia

1 El denominado “Programa de medidas” adoptado por el Consejo y la Comisión, (DO C 12, de 15 de enero de 2001)

2 Art. 82 (2), letras b) y c) del TFUE

3 El Artículo 67 (1) Título V “Espacio de libertad, seguridad y justicia” del TFUE, coloca al mismo nivel el respeto a los derechos fundamentales y las tradiciones jurídicas: “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros” (también en el 81 (2) en relación con las normas mínimas del reconocimiento mutuo).

del sistema judicial en su conjunto, como uno de los pilares fundamentales de todo sistema democrático y, de la actuación independiente de las autoridades judiciales como garantía de la vigencia y primacía del estado de derecho y, consecuentemente, de la preservación del marco de derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos europeos en el ELSJ, debemos tener muy presente la diversidad de sistemas y tradiciones jurídicas de los diferentes Estados miembros.

2. Tomando en consideración dicho escenario, debemos reconocer que, la independencia del sistema judicial ha sido una materia, tradicional y preferentemente abordada en relación a la judicatura, habiéndose puesto el foco de atención en los jueces y, no en los fiscales. Ello pese a que estos últimos aparecen en la mayoría de los sistemas democráticos y, por mandato constitucional, como “custodios de la ley”⁴ y *defensor iudicis*⁵. Es decir, como garantes de la aplicación uniforme de las leyes y de la propia independencia de los tribunales, más allá de las particularidades de su relevancia y función en la investigación penal en cada Estado miembro.⁶

La realidad existente en la mayoría de los Estados miembros de la UE, y en países del resto del mundo, nos muestra una Fiscalía cuya importancia, en términos de competencias, funciones y protagonismo en la administración de justicia, es creciente. Ello es consecuencia de la necesidad de una respuesta eficaz a las exigencias de la llevanza y gestión de las causas penales en fase previa al juicio oral, lo que lleva aparejado un correlativo aumento de la capacidad de decisión de los fiscales en la finalización transaccional de las mismas.⁷ En efecto, superada su limitada

4 Expresión usada por Carl F. von Savigny y Uhden en el famoso dictamen de 1846 “*El Fiscal, como custodio de la ley, debe estar facultado a operar en el procedimiento contra el acusado desde un comienzo, en el sentido de que, sobre todo, la ley sea satisfecha. El Fiscal ocupa una posición que lo obliga tanto a la protección del acusado como a actuar contra ‘el’*”, citado en página 30 del artículo “El Ministerio Público: ¿Un adolescente?” de Julio B. J. MAIER en el libro colectivo *El Ministerio Público en el proceso penal*. Junio 1993. AD-HOC S.R.L. Buenos Aires. R. Argentina.

5 Art 124 de la Constitución Española

6 Jiménez-Villarejo Fernández, Francisco en “Los modelos europeos de independencia del Ministerio Público. Experiencia desde Eurojust.”, ponencia presentada el 28 de septiembre de 2017 en la actividad formativa de la Unión Progresista de Fiscales: “Modelos de autonomía e independencia de los Fiscales en el Derecho comparado”, Código CEJ “2017/FC115FS”. Publicada por el Centro de Estudios Jurídicos, Madrid.

7 Thomas Weigend “Prosecutor, a judge by another name? Comparative perspectives on the Role of Public Prosecutors”, Cap. V del libro *The Prosecutor in Transnational Perspective*, coordinado por Erik Luna y Marianne L. Wade, Universidad de Oxford, 2012..

función de enlace entre policía y tribunales, que a veces pecaba de excesivo automatismo (*rubber-stamp*), el fiscal asume la decisión sobre la continuidad de las investigaciones. Esta “función de guardaguas” del proceso penal, decidiendo si una investigación merece ser presentada ante los tribunales para su enjuiciamiento, refleja claramente que sus competencias se extienden más allá de las conocidas responsabilidades de promoción de la persecución penal. En determinadas circunstancias, el Fiscal puede y debe ser la autoridad que decide si una sanción penal va a ser impuesta o no, negociando con el ofendido la naturaleza y gravedad de la pena a imponer. Y esto ocurre, no solo en EEUU, donde más del 95% de las condenas resultan de acuerdos de conformidad o *plea bargaining agreements* entre los acusados y la fiscalía; también en la UE, donde la intervención del fiscal alemán proporciona una solución al 90% de los delitos con autor conocido, mediante los denominados “acuerdos transaccionales” con el investigado, que no son supervisados por juez o tribunal alguno.⁸ A fin de aliviar la carga de trabajo de los tribunales y, consecuentemente, aumentar la calidad, celeridad y eficacia de las investigaciones, muchas jurisdicciones han ido trasladando competencias, tradicionalmente adjudicadas a los jueces, a los fiscales, garantizando con ello la indispensable seguridad jurídica y aplicación uniforme de la ley a nivel nacional. Evidentemente, este nuevo paradigma procesal, no solo sirve para dar una respuesta eficaz a la acumulación de expedientes por delitos menos graves, también permite investigar adecuadamente delitos graves y el fenómeno amenazante (y muy cambiante) de la delincuencia organizada, gracias al trabajo de equipo, con unidades multidisciplinarias y especializadas, que puede proporcionar la Fiscalía.⁹ En efecto, el Ministerio Público se caracteriza por su estructura de implantación estatal, regida por los principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación, que permite la supervisión de su trabajo –dentro de las debidas garantías de

8 La Sentencia del TJUE casos acumulados C-187/01 and C-385/01, *Gözütok and Brügge* interpretó que el concepto *idem* contenido en el principio *ne bis in idem*, -consagrado en el artículo 54 del CAAS-, extendiendo su aplicación también a los acuerdos transaccionales de extinción de la acción pública, en los que el Ministerio Fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones, como puede ser el abono de una multa fijada por el ministerio fiscal.

9 Memorando Explicativo a la Recomendación del Consejo de Europa Rec (2000)19 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre la función de la Fiscalía en un sistema de justicia penal destaca lo siguiente en relación con la especialización: “*The formation, under the direction of prosecutors who are themselves specialists, of truly multidisciplinary teams whose members are drawn from a variety of backgrounds ... This pooling of expertise in a single unit is a vital factor in the operational effectiveness of the system*”.

imparcialidad y legalidad-, lo que le convierte en un modelo adecuado para cubrir las exigencias de una investigación moderna y eficaz. El juez, sin perjuicio de su puntual intervención como juez de garantías, despliega sus funciones jurisdiccionales, centradas en juzgar y hacer cumplir lo juzgado, ocupando su espacio natural, a partir de la fase de juicio oral.

Por ello, la relevancia judicial del Fiscal es un hecho, sobre todo en el ámbito de la justicia penal, hasta el punto de que a los fiscales se les denomina “judge before the judge” y “judge by another name”.¹⁰ Más aún, como destacan los profesores de la Universidad de Hamburgo, Stefan Voigt y Alexander J. Wulf,¹¹ se va abriendo progresivamente camino el protagonismo del fiscal en la administración de justicia, señalando a los fiscales como autoridad judicial de referencia, junto con los jueces.

Ante este reforzado protagonismo del Fiscal, resulta evidente la necesidad de evitar el riesgo de presiones externas y de establecer garantías, frente al riesgo de intromisiones indebidas por parte del ejecutivo cuando el Fiscal interviene en el ejercicio del ius puniendi. Entre las competencias desarrolladas por el Fiscal en el procedimiento penal que precisan de una garantía de imparcialidad, sin duda, nos encontramos con la decisión de emitir una OEDE.

3. Evidentemente hay y, tiene que haber, diferencias, funcionalmente hablando, entre jueces y fiscales, pero ambos actúan en defensa del interés público y general tutelado por la ley. Unos desde la postulación y otros desde el enjuiciamiento, pero ambos, en nombre de la sociedad y de los ciudadanos que desean que sus derechos y libertades estén garantizados en toda su extensión. Por ello, negar la independencia a los fiscales, supone admitir el riesgo de que ciertos casos puedan no ser presentados ante los tribunales o, sean presentados de manera indebida, adulterada y/o devaluada. Por ello, la independencia de los fiscales es crucial para el funcionamiento del estado de derecho. Una judicatura independiente puede corregir una acusación errónea, no ajustada a derecho e incluso abusiva o desproporcionada, pero no puede forzar la investigación o sustituir al Fiscal en la acusación de delitos. Por eso, la independencia de los jueces

10 WEIGEND, Thomas, “The Prosecutor in Transnational Perspective”, op.cit.

11 “What makes Prosecutors Independent? (Analyzing the determinants of the Independence of Prosecutors)”, *Journal of Institutional Economics* (2017)

es incompleta (e incluso irreal), si no se completa con la de los fiscales. A semejanza de la independencia propia de los Jueces, la independencia que debe reconocerse al Ministerio Público, no constituye una prerrogativa o un privilegio concedido en interés de sus miembros¹², sino una garantía instrumental que debe predicarse de una institución, como medio para conseguir una justicia equitativa, imparcial y eficaz que protege los intereses de las personas afectadas. Podemos, por tanto, hablar de independencia respecto del Ministerio Fiscal, pero no como una cualidad absoluta, sino instrumental, a fin de asegurar que el Ministerio Público ejerza las funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico le ha asignado.¹³

4. La realidad de la Fiscalía europea en su organización, estructura y funcionamiento es compleja y, el perfil estatutario del Fiscal, así como sus competencias en el proceso penal, difieren considerablemente de un Estado a otro de la UE. En algunos sistemas de derecho continental, los fiscales son funcionarios públicos, con especiales competencias a la hora de aplicar el derecho en nombre del Estado. En otros sistemas, los fiscales tienen la condición estatutaria de magistrados. En ese sentido, el Informe del proyecto de la ENCJ sobre independencia, responsabilidad y calidad de la Judicatura 2018-2019¹⁴, refleja como en algunos países europeos el Ministerio Público es parte de la judicatura *sensu lato*. Concretamente, dicho informe se refiere a cinco Estados miembros (Bélgica, Bulgaria, Italia, Francia y Rumania), en los que los fiscales son magistrados y disfrutan de un estatuto de magistrado, en su selección, nombramiento, evaluación y promoción e, incluso en el reparto de casos. Además, los fiscales están representados en el mismo Consejo, como órgano colegiado de gobierno, que los jueces. En otros Estados miembros, el fiscal tiene igualmente estatuto de magistrado, si bien el Consejo Fiscal es un órgano colegiado diferente y separado de los jueces (por ejemplo en Luxemburgo, Grecia, Austria, Portugal, Letonia y Países Bajos). En cualquier caso, lo que resulta evidente es que estos once Estados miembros, el estatuto

12 Apartado 10 del Informe nº 1 (2001) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces.

13 DI FEDERICO, Giuseppe, “La independencia judicial en Italia. Una visión crítica desde una perspectiva comparativa (no sistemática)”. Artículo basado en una investigación empírica realizada por el autor durante los últimos 35 años, sobre todo con financiamiento del Consejo de Investigación Nacional de Italia y se puede encontrar en el sitio web www.irsig.bo.cnr.it

14 Informe aprobado por la ENCJ en Bratislava el 7 de junio de 2019, publicado en el sitio web www.encj.eu

común de magistrado para jueces y fiscales, refuerza el respeto debido a la independencia e imparcialidad del Ministerio Público, por ministerio de la ley, ya que equipara su estatuto legal al que gozan los jueces.

5. La principal dificultad a la hora de evaluar la independencia de los Fiscales y, probablemente, la causa de que sea tan difícil encontrar estudios recientes sobre esta materia, radica en las diferencias existentes ente la independencia real y la formal o legalmente recogida en las leyes.¹⁵ Tal vez por ello, el principal valor añadido del “terremoto” provocado por la jurisprudencia del TJUE al preguntarse por la calidad de la independencia del ministerio fiscal, como partícipe en la administración de justicia, justipreciando si merece o no la condición de autoridad judicial, ha sido el hecho de colocar el foco de atención, -por primera vez desde una institución de la UE capaz de provocar reformas legales-, en la aptitud del marco legal institucional y estatutario del Ministerio Fiscal. Sin duda, ese es el gran mérito de la jurisprudencia que comentamos, sobre todo si tenemos en cuenta que este ejercicio lo ha llevado a cabo el TJUE, sin contar con criterios estandarizados o informes de evaluación realizados dentro de la UE en relación a la independencia de las Fiscalías, ya que los informes de evaluación más recientes sobre esta materia, corresponden a la cuarta ronda de evaluaciones del GRECO (en el marco del Consejo de Europa), que fue dedicada a la prevención de la corrupción en relación a miembros del parlamento, jueces y fiscales.¹⁶

De hecho, el cuadro de indicadores (*scoreboard*) de la justicia de la UE, que periódicamente publica la Comisión Europea, ofrecía una visión comparativa de la eficiencia, calidad e independencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros de la UE, pero el panorama que refleja dicho marcador es limitado, ya que su ámbito se ha venido centrando, hasta ahora, en los órdenes jurisdiccionales civil/mercantil y contencioso administrativo, sin incluir el orden penal, por lo que no evaluaba la independencia de las Fiscalías de la UE. Afortunadamente, la última edición del *scoreboard* (la séptima), publicada en abril de 2019, es particularmente relevante, ya que, por vez primera, hace referencia a las Fiscalías de los diferentes Estados miembros de la UE. Concretamente, su apartado

15 VAN AAKEN, Anne, “Do Independent Prosecutors deter Political Corruption? An Empirical Evaluation across 78 Countries”, In: *12 American Law and Economics Review* (2010), Issue 1, pp. 204-244 (con Stefan Voigt y Lars Feld).

16 <https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/round-4>

3, se refiere a la independencia del Ministerio Público, bajo el epígrafe “Salvaguardias relativas al funcionamiento de los Ministerios Fiscales nacionales en la UE”.¹⁷

Debe subrayarse que, el propio *scoreboard* del año 2019 señala que, “existe una tendencia generalizada a designar un Ministerio Público más independiente”. Un factor clave que ha venido favoreciendo la tendencia indicada en la UE, es su importante papel en el sistema de la justicia penal y, particularmente, en la construcción del ESLJ. Me refiero a su papel protagonista en el funcionamiento del reconocimiento mutuo como principio básico de la cooperación judicial en la UE. Es por ello que, el *scoreboard* menciona específicamente a la jurisprudencia del TJUE, en el contexto de la DM OEDE, como un aspecto clave en la configuración del Fiscal como autoridad judicial de un Estado miembro.

Los resultados del Cuadro de indicadores (*scoreboard*) de 2019, se tienen en cuenta en el desarrollo de las evaluaciones y sus hallazgos se incorporan a las propuestas de la Comisión para las recomendaciones específicas que se discuten entre los Estados miembros en el Consejo, lo que permitirá iniciativas normativas de los gobiernos que incorporen dichas recomendaciones en sus planes de reformas legislativas nacionales. Además, todo ello, por fin, en el marco de la UE y no, como hasta ahora, en el marco más amplio del Consejo de Europa, procediendo a evaluar un aspecto tan relevante de nuestra política común en materia de justicia.

Afortunadamente, los sistemas nacionales son más permeables de lo que parecen, incluso en aspectos institucionales, lo que unido a la transversalidad del Derecho de la Unión y el carácter no solo vinculante, sino pedagógico del TJUE, nos permiten ser optimistas respecto del impacto expansivo que pueda tener esta doctrina en nuestro propio sistema legal, incluso en aspectos que, hasta hace bien poco, parecían inamovibles.

17 Véase página 63 *scoreboard* 2019: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52019DC0198>

II.- MINISTERIO PÚBLICO Y RECONOCIMIENTO MUTUO

1. El principio de reconocimiento mutuo, en el que se basa la cooperación judicial en materia penal en la UE, supone un cambio de paradigma respecto de la asistencia mutua clásica del régimen anterior. Ha sido un proceso laborioso que, durante las dos últimas décadas, ha puesto literalmente “patas arriba” la cooperación judicial en la UE, en una transformación que tiene luces y sombras. Su forzada importación desde el sector civil al ámbito de la justicia penal ha sido objeto de críticas¹⁸. En este contexto, papel del TJUE y sus esfuerzos por que la aplicación de los instrumentos de reconocimiento mutuo se compadezca lo más posible con los derechos fundamentales y garantías procesales de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante la Carta), ha sido determinante para su funcionamiento.

Una de las principales críticas al principio de reconocimiento mutuo se ha centrado en su carácter predominantemente acusatorio, que aparentemente prioriza la eficacia frente al respeto de las garantías procesales. Dichas críticas destacan el protagonismo de dichas críticas, destaca el protagonismo de los fiscales y el escaso margen de maniobra que se deja a la intervención de los investigados, con posible merma del derecho de defensa.¹⁹ Frente a las mismas, hay que subrayar que si bien es cierto que, en un principio, se priorizó la seguridad frente a las garantías procesales, (como reflejan expresiones: “*anteponer la carreta a los bueyes*” o “*empezar la casa por el tejado*” tomadas de la doctrina germana e italiana²⁰), tras el Tratado de Lisboa, la situación ha cambiado sustancialmente. En efecto, al completarse los instrumentos de reconocimiento mutuo, con un

18 PEERS, Steve, “Mutual Recognition and Criminal Law: Has the Council got it wrong?”, *Common Market Law Review*, Vol. 41, No. 5, 2004, donde describe el accidentado trasvase del reconocimiento mutuo a la esfera penal con la expresión inglesa (“*up side down*”), que convierte a las personas en objetos, más que en sujetos titulares del derecho de libertad de movimientos.

19 SAYERS, Debbie, en su artículo “The European Investigation Order Travelling without a ‘roadmap’” publicado en 2011 por el *Centre for European Policy Studies* (CEPS) en la colección ‘Liberty and Security in Europe’, subraya que los instrumentos de reconocimiento mutuo son mecanismos de naturaleza netamente acusatoria y, en relación con la OEI, advertía que la Propuesta no preveía intervención del letrado defensor para solicitar una prueba, pese a la conexión de dicho principio procesal con los planes para incrementar la protección de los derechos fundamentales en el Programa de Estocolmo y su “hoja de ruta”.

20 DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Euro-orden y causas de denegación de la entrega”, en C. Arangüena Fanego (coord.), *Cooperación Judicial Penal en la UE: la orden europea de detención y entrega*, Valladolid, 2005, cit. en nota 11, pp. 215-216.

sistema global de garantías, propios de la tutela judicial efectiva, gracias a las Directivas aprobadas, con base en el art. 82 (2) (b) de dicho Tratado. Concretamente, las conocidas como Directivas ABC: la Directiva sobre el derecho a la interpretación y a la traducción²¹; la Directiva sobre el derecho a la información en los procesos penales²² y la Directiva sobre el derecho de asistencia letrada en los procesos penales y el derecho de informar a un tercero y a comunicar en el momento de la detención²³. A ellas le siguieron, las Directivas aprobadas en el paquete de medidas lanzado en noviembre de 2013 por la Comisión²⁴.

2. Una vez mejorada la calidad constitucional del reconocimiento mutuo²⁵, era el momento de poner el foco de atención en la judicialización, como característica fundamental del nuevo régimen de la cooperación penal europea. Parece claro que, la plena judicialización de los procedimientos de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, es santo y seña del reconocimiento mutuo. En efecto, las resoluciones circulan libremente por el ELSJ, sin intervención de los Ministerios de Justicia, cuyo papel ha quedado relegando a una mera función de apoyo o asistencia material, a petición de las autoridades judiciales. A dicha judicialización del procedimiento de ejecución de la OEDE, se hace referencia destacada en cada una de las sentencias que vamos a analizar en la nueva jurisprudencia del TJUE, así como al principio de confianza mutua. Este principio de confianza mutua, no tiene base legal diferenciada, pero se enmarca en la cooperación judicial

21 Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales (DO L 280, de 26.10.2010)

22 Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DO L 142 de 1.6.2012)

23 Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DO L 294 de 6.11.2013).

24 Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, para el fortalecimiento de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en juicio en los procedimientos penales; Directiva (UE) 2016/800, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías especiales para menores sospechosos o acusados por delito y la Directiva (UE) 2016/1919, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre el derecho a la justicia gratuita para los sospechosos o acusados de un delito o aquellos contra los que se dirija una orden europea de detención y entrega.

25 ALBI, Anneli, "The European Arrest Warrant, constitutional rights and the changing of legal thinking", en *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, editado por María Fletcher, Ester Herlin-Karnell y Claudio Matera, Editorial Reutledge Research, 2017.

y solo funciona entre autoridades judiciales. En ese sentido, el TJUE ya delimitó negativamente, el concepto de autoridad judicial de emisión, en sus sentencias de noviembre de 2016, dejando fuera a policías y funcionarios del Ministerio de Justicia, pero quedaba pendiente aclarar, si el fiscal podía ser considerado un actor destacado de la confianza mutua, como autoridad judicial, equiparado a los jueces.

Desde mi experiencia práctica considero, que el principal desafío al que hace frente el reconocimiento mutuo es, precisamente, el reforzamiento de la confianza recíproca, ya que, la misma, no deja de ser, en ocasiones, una especie de “mantra” político, más que una realidad entre las autoridades judiciales europeas. Entre ellas, por diferentes razones (cultura judicial ajena al principio de comunicación directa, déficit de formación en materia de cooperación, ...), predomina una evidente infrutilización de los diferentes mecanismos negociados o procedimientos de consulta previstos en los diferentes instrumentos de reconocimiento mutuo. En particular, es mejorable la posibilidad de recabar información adicional prevista en el art. 15 (2) de la DM OEDE, tal y como, insistentemente, recomienda el TJUE.²⁶

El combustible que impulsa el motor del reconocimiento mutuo es la confianza mutua. La confianza mutua es un concepto dinámico que rige y es predicable, esencialmente, entre autoridades judiciales. La realidad nos muestra que, la confianza mutua realmente funciona, si incluimos en dicha dinámica a los Fiscales. Creo que no exagero, si afirmo que, sin el papel determinante de los fiscales, el reconocimiento mutuo y, con él, la cooperación judicial penal del ELSJ, no funcionaría; al menos como lo conocemos actualmente, es decir, haciendo de ella una verdadera referencia mundial. Es más, pudiera añadirse que, continuando con el símil automovilístico, aquí los fiscales son el aceite que hace funcionar eficazmente y sin chirriar este motor del reconocimiento mutuo. Por ello, no nos debe extrañar que, precisamente, haya sido este campo de la cooperación internacional, donde hayan surgido con fuerza las cuestiones

26 Como destacaba el Abogado General Sr. Michal Bobek en sus conclusiones en el asunto *Ardic* (C 571/17) presentadas el 20 de diciembre de 2017, en relación con la petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam al interpretar la expresión «juicio del que derive la resolución» del artículo 4 bis, apartado 1, de la DM OEDE, (párrafo 81): “es indispensable recordar la importancia de la comunicación entre las autoridades de ejecución y las autoridades de emisión, prevista en el artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco”. Añadiendo: “el Tribunal de Justicia ha subrayado en reiteradas ocasiones, esta disposición, que permite a la autoridad judicial de ejecución solicitar información complementaria, constituye un elemento esencial de la cooperación judicial en que se basa el sistema de reconocimiento mutuo”.

prejudiciales que han permitido los pronunciamientos del TJUE a favor del reconocimiento del Fiscal como autoridad judicial en el ELSJ, completando el derecho de designación de los Estados miembros, inherente al principio de autonomía procesal²⁷. Todo ello, con independencia de los sistemas judiciales y tradiciones jurídicas de la UE que colocan al Ministerio Público al frente de la investigación penal.

3. Cuando hablamos de autoridad judicial en materia de cooperación judicial penal, hay que recordar que, a nivel europeo, el Ministerio Público se encuentra incluido en un concepto amplio de autoridad judicial. No solo en aquellos países en los que por existir un estatuto de magistrado para jueces y fiscales²⁸, ello pudiera considerarse evidente; también o incluso en jurisdicciones, como la de Inglaterra y Gales, donde el concepto de juez está bien aquilatado y limitado por su tradición jurídica²⁹.

Dicho reconocimiento del fiscal como autoridad judicial en la cooperación internacional en materia penal, se compadece en nuestro país con el diseño constitucional previsto en los artículos 124 y 117 de la CE, como Ley de Leyes, cuyo marco legal permitió situar, de manera

27 Como ya declaraba el TJUE en la sentencia de 14 de noviembre de 2013, en el asunto *Baláž*, C-60/12, la exigencia de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión impide dejar a la apreciación de cada Estado miembro el concepto de «órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales», (si bien en dicho caso la interpretación se refería al art. 1, letra a), inciso iii), de la DM 2005/214/JAI, de 24 febrero 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias que no contenía una remisión al Derecho de los Estados miembros en lo que atañe al concepto de «órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales») ya que dicho concepto, decisivo para determinar el ámbito de aplicación de dicha Decisión marco, requería, en toda la Unión, una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en que se incluye y el objetivo que pretende alcanzar dicho instrumento (citando, por analogía, las sentencias de 17 julio 2008, asunto *Kozłowski*, C-66/08, apartados 41 y 42, y de 16 de noviembre de 2010, asunto *Mantello*, C-261/09, apartado 38).

28 Véase JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, “Por un estatuto de magistrado común para jueces y fiscales”, *Diario La Ley*, N° 7846, 2012.

29 Véase la Sentencia dictada en el caso *Assange v The Swedish Prosecution* por el Tribunal Supremo de Reino Unido (ponente Lord Phillips PSC), que ratifica la sentencia dictada por la *Queens Bench Division* en el caso CO/1925/20011 conocido como “caso Assange” en el que se desafiaba una OEDE emitida por la Fiscalía. El TS decidió por mayoría de 5 a 2 (L Hale y L Mance presentaron votos particulares) que la OEDE emitida por un Fiscal debe ser considerada como emitida por una autoridad judicial ya que la *Extradition Act 2003* debía ser interpretada de acuerdo con la Decisión marco de 13 de junio de 2002 que establece expresamente que un Fiscal es autoridad judicial ya que si quería restringirse la emisión de OEDE solo a jueces y tribunales debía haberse limitado expresamente en la Decisión marco, existiendo suficientes garantías procesales para evitar su utilización indebida. Disponible en el link

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/Onenparle/UKSC_2011_0264_Judgment.pdf

precursora y claramente innovadora en nuestro país, hace más de cuarenta años, al fiscal junto al juez en materia de cooperación judicial. En efecto, debemos recordar que, uno de los primeros pasos que se dieron durante la transición, por aquél entonces, prácticamente inédito campo de la cooperación internacional, fue la aprobación del Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959³⁰. Aquel documento introdujo en julio de 1982, una declaración del art 24 de dicho convenio, en la que expresamente designaba autoridades judiciales, junto a Los Jueces y Tribunales, a los miembros del Ministerio Fiscal. Con ello se quiso conjugar el impulso de un nuevo diseño constitucional de la Administración de Justicia con una aproximación, todavía por explorar, al modelo judicial predominante en los países de nuestro entorno, adelantándose, incluso, a recomendaciones de organismos internacionales³¹.

4. No debemos buscar la razón para dicha equiparación exclusivamente en el hecho de que el Fiscal sea, en la mayoría de los sistemas legales europeos, la autoridad que dirige la investigación. También, en la circunstancia de concurrir en el Ministerio Público las cualidades necesarias para hacer funcionar con eficacia, un ELSJ regido por el principio de comunicación y transmisión directa entre autoridades judiciales. Precisamente ello, ha permitido relevar y superar con éxito, la función que venían desempeñando las autoridades centrales, dando, además, una mayor cohesión y agilidad a la comunicación entre autoridades judiciales, sin que se pongan en riesgo los fines de la investigación.

Es por ello que, en la inmensa mayoría de las notificaciones y comunicaciones realizadas por los Estados miembros a la Secretaría General del Consejo de la UE, predomina la designación de los fiscales, junto con los jueces, como autoridades judiciales en relación a los diferentes instrumentos de reconocimiento mutuo, tanto en la emisión como de ejecución, con independencia del papel que tengan asignado en su modelo procesal o de investigación³².

30 Instrumento de Ratificación de 14 de julio de 1982 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (ETS número 030 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. («BOE núm. 223/1982, de 17 de septiembre de 1982»)

31 Recomendación Rec (2000) 19 del Comité de Expertos del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 6 de octubre de 2000.

32 Si tomamos como ejemplo la última información facilitada por la Secretaría General del Consejo

A lo expuesto, se debe añadir que, desde el punto de vista de la emisión de los instrumentos de reconocimiento mutuo, centrándonos en una perspectiva activa, la designación de las autoridades de emisión viene claramente marcada por el sistema judicial propio de cada Estado miembro de la UE, la gravedad de los delitos objeto del procedimiento y por la afectación de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que la medida debe ser reconocida por “la autoridad de ejecución (...)” “sin requerir otra formalidad”, a fin de alcanzar la necesaria eficacia. Por ello, el régimen del reconocimiento mutuo, precisa una serie de comprobaciones y filtros preliminares, que solo la autoridad de emisión está en condiciones de garantizar. En efecto, la autoridad de emisión es la encargada de verificar “caso por caso” y con carácter preferente, el denominado “test de proporcionalidad”, así como determinar que el arresto o la diligencia de investigación, podría haber sido acordada en las mismas o similares condiciones en un caso nacional. Ello supone que, debe tener capacidad de explicar cómo y porqué la medida acordada debe ser reconocida. En ese sentido, el “proceso de diálogo” entre las autoridades de emisión y ejecución, exige que la autoridad de emisión esté en condiciones de aclarar la naturaleza, alcance de la decisión que debe ser ejecutada. Ello sin duda, muestra la relevancia del papel de la autoridad de emisión, pero también la necesidad de contar, con interlocutores con el dinamismo suficiente para allanar el camino y dar plenitud a la fiducia recíproca. Es decir, se necesita contar con autoridades judiciales, no solo con competencia formal, también con capacidad de respuesta proactiva, lo que es una característica

en relación con la implementación de la orden europea de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas de la DM 2003/577/JAI, de 5 de junio de 2015 (DOC 9638/15), a fin de tener una idea actualizada de la realidad existente en la UE respecto de uno de los instrumentos parcialmente reemplazados por la Directiva, nos encontramos con que (mientras que en Dinamarca son competentes para la emisión y ejecución de las órdenes de embargo, los jefes de la Policía Local y en Irlanda el Ministerio de Justicia -recordemos únicos Estados en donde la Directiva no se va a aplicar- o en Chipre la autoridad desinada es la Unidad de Inteligencia Financiera denomina MOKAS, -Unidad administrativa situada en la Fiscalía General del Estado; por regla general-), la inmensa mayoría de los Estados miembros que han implementado esta Decisión Marco, señalan como autoridades competentes para emitir o ejecutar este tipo de medidas a los Fiscales (Bélgica, Chequia, Alemania, Estonia, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Finlandia, Suecia. Incluso, desde la notificación de 27 de febrero de 2015 realizada por Reino Unido, sus Fiscalías de la *Crown Prosecution Service* (CPS) y la *Serious Fraud Office* (SFO) en Inglaterra y Gales, sustituyen al *Home Office* (UKCA) como autoridad de ejecución, manteniéndose la Fiscalía de la *Public Prosecution Service*, para el Norte de Irlanda y la Fiscalía de Escocia, la denominada *Crown Office*. Por otro lado, Francia y España combinan las competencias de jueces y fiscales y tan solo Eslovenia, Austria (que recientemente ha reformado su procedimiento penal para atribuir la dirección de la investigación a los fiscales) y Bulgaria, designan autoridades de emisión y ejecución a un Juez o Tribunal.

inherente al Ministerio Público. A tal fin, el poder contar con especialización o, formar parte de un equipo multidisciplinar, es un valor añadido, que facilita definitivamente el reconocimiento y ejecución de las resoluciones a través de los diversos procedimientos de consulta previstos.

Por lo tanto, el fiscal reúne, de manera particular, las condiciones para ser autoridad de emisión, desempeñando el papel proactivo que se espera de la autoridad de emisión, de manera, incluso, complementaria con el juez de instrucción, sin comprometer la imparcialidad objetiva propia del mismo. De ese modo, cuando existe un reparto de funciones entre fiscales y jueces, estaríamos ante un sistema dual, si bien normalmente la autoridad de emisión será normalmente el Fiscal. Incluso cuando la medida solicitada sea restrictiva de derechos fundamentales, en cuyo caso, puede acudir a una autorización del Juez de Garantías, si bien el principio de imparcialidad hará que, recabada la misma, la emisión propiamente dicha, su transmisión y la atención a las consultas que se puedan producir en el procedimiento de ejecución recaigan sobre el Fiscal.

Por ello, no debe de extrañarnos que en los instrumentos normativos aprobados por el legislador europeo en la era post-Lisboa, concretamente la Directiva 2014/41/UE, sobre la orden europea de investigación (OEI) o el Reglamento 2018/1805/UE, en relación al reconocimiento mutuo de órdenes de embargo y decomiso, incluyen específicamente en el concepto de autoridad de emisión, de manera indistinta, tanto al juez como al fiscal *“competente en el asunto de que se trate”*.

5. Además, estos instrumentos normativos, -tanto la Directiva 2014/41/UE, sobre la orden europea de investigación (OEI), como el Reglamento 2018/1805/UE-, para aquellos supuestos en que la autoridad que dirige la investigación no sea judicial, prevén la posibilidad de la validación judicial. Se trata de un mecanismo de salvaguarda, que se activaría únicamente cuando la OEI o los certificados de embargo sean emitidos por una autoridad policial o administrativa, distinta a un Juez o un Fiscal. La validación judicial da respuesta a aquellos sistemas legales de *common law* y tradición anglosajona, así como algunos Estados nórdicos y centroeuropeos, que consideraron excesivamente limitada la referencia exclusiva a Jueces, Tribunales y miembros del Ministerio Público, como autoridades judiciales de emisión, ya que la dirección de la investigación, en el caso de las

infracciones de derecho administrativo sancionador, incluidas en su ámbito de aplicación e incluso de los delitos, está encomendada a autoridades policiales y administrativas (principalmente a investigadores de Aduanas y de Hacienda) capacitados para adoptar medidas de investigación.

A fin de superar las diferencias existentes entre los sistemas legales de los Estados miembros de la UE, compadeciendo la dirección de la investigación encomendada a una autoridad no judicial, con las exigencias del escrutinio judicial en la adopción de medidas de investigación y cautelares intrusivas, el legislador europeo establece la figura de la “autoridad judicial de validación”. Es decir, impone un control o escrutinio judicial, que garantiza el cumplimiento de los requisitos de legalidad, necesidad, proporcionalidad y respeto a los derechos y garantías procesales del investigado, así como el principio de equiparación a un supuesto nacional similar, en el Estado de emisión. Se trata de una condición genérica e indispensables para la emisión y transmisión de una OEI, prevista en el art. 6 (1) de la Directiva 2014/41 y para el certificado de embargo, previsto en el art. 2 (8) a) ii) del Reglamento 2018/1805. Este escrutinio judicial preceptivo, se realizará evidentemente por una autoridad judicial, entendiéndose como tal por el legislador europeo: *“un juez, un órgano jurisdiccional, un fiscal del Estado de emisión”*. Añadiendo, en ambos casos, que: *“Cuando la (...) haya sido validada por una autoridad judicial, dicha autoridad también podrá considerarse autoridad de emisión a efectos de la transmisión de la resolución”*, lo que permite la doble posibilidad de emisión y transmisión de la OEI y del certificado de embargo por el fiscal, ya dirija o no la investigación, como autoridad judicial validadora, a fin de favorecer su reconocimiento en el Estado de ejecución.³³

En mi opinión, existe una incoherencia, entre lo regulado por el legislador europeo en los instrumentos de reconocimiento mutuo de última generación y las cuestiones planteadas por el Abogado General del TJUE. Máxime, si tenemos en cuenta que el instituto de la validación judicial, antes de su consagración en la Directiva 2014/41 y en el Reglamento 2018/1805,

33 En relación con la orden europea de investigación, la *“Joint Note of Eurojust and the European Judicial Network on the practical application of the EIO”*, de junio de 2019, destaca en su apartado 4, como la autoridad validadora de una OEI es una autoridad judicial y que la verificación de dicha condición, prevista en el apartado 9 (3) de la Directiva (y que de acuerdo con el artículo 205 (2) de la ley 23/2014, en su redacción dada por la ley 3/2018, de 11 de junio, puede dar lugar a su devolución), debe basarse generalmente en la confianza mutua. http://www.eurojust.europa.eu/press/News/News/Pages/2019/2019-07-15_Eurojust-EJN-joint-note-on-EIO.aspx

fue introducido en la Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre, relativa al Exhorto Europeo de Prueba.³⁴

III.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE AUTORIDAD JUDICIAL EMISORA DE UNA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA.

La circunstancia de que la DM OEDE, fuese el primer instrumento de reconocimiento mutuo de resoluciones penales aprobado en la UE, unida al innegable éxito de su aplicación y consiguiente relevancia práctica de la OEDE, convierte a este acto normativo en el verdadero “buque insignia” en materia extradicional dentro del Derecho de la Unión³⁵. Se trata de un instrumento extensamente utilizado, en una historia marcada por el éxito (como destaca la COM en sus informes y el informe final de la cuarta ronda de evaluaciones mutuas)³⁶. Ello explica que éste sea el instrumento normativo

34 En efecto, el artículo 2 de dicha Decisión marco (derogada por el Reglamento 95/2016), ya definía a la autoridad de emisión, como “un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal o cualquier otra autoridad judicial según se defina por el Estado de emisión y que, en el caso de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas en casos transfronterizos con arreglo a la legislación nacional” y el artículo 11 (4) de la DMEEP, a su vez, respecto de la medida de registro e incautación, facultaba a la autoridad de ejecución para no llevar a cabo dichas medidas, a los efectos de ejecución del exhorto, cuando la autoridad de emisión no fuera una autoridad judicial, (entre las que ya incluía al juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal) y el exhorto europeo no hubiera sido convenientemente validado por una de las mencionadas autoridades judiciales del Estado de emisión.

35 No se dispone de datos de todos los países. No obstante, los datos sobre las ODE emitidas correspondientes a 2015, 2016 y 2017 contenidos en el documento publicado por del Consejo de 30 de agosto de 2019 núm. 11804/19, conteniendo el *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT* con las respuestas al cuestionario sobre información cuantitativa de la aplicación práctica de la OEDE (año 2017) están completos y reflejan un pero la tabla siguiente demuestra el crecimiento progresivo en su utilización.

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Emitidas	6.894	6.889	10.883	14.910	15.827	13.891	9.784	10.665	13.142	14.948	16.144	16.636	17.491
Ejecutadas	836	1.223	2.221	3.078	4.431	4.293	3.153	3.652	3.467	5.535	5.304	5.812	6.317

36 Informe final del Consejo de la cuarta ronda de evaluaciones mutuas, de 28 de mayo 2009,

de reconocimiento mutuo en materia penal respecto del que se hayan planteado el mayor número de cuestiones prejudiciales ante el TJUE y, consecuentemente, sobre el que el TJUE haya tenido la oportunidad de pronunciarse en más ocasiones, enriqueciendo con su jurisprudencia enormemente el debate sobre las más diversas cuestiones.³⁷ Esta prolífica doctrina, ha supuesto una notable mejora en la interpretación uniforme de conceptos autónomos del Derecho de la Unión contenidos en sus preceptos, proporcionando una mayor seguridad jurídica en la aplicación práctica de la DM OEDE, en aspectos tan variados como los relativos a las garantías procesales de la persona reclamada; el ámbito de aplicación del principio *ne bis in ídem*; el derecho a deducir el periodo de detención sufrido del tiempo de la condena y la propia la regulación del derecho de defensa. Por ello, debemos concluir que esta jurisprudencia, definitivamente, ha servido para mejorar la calidad técnico- jurídica de su marco legal, con el consiguiente fortalecimiento del Derecho de la Unión.³⁸

Entre los logros más destacados del nuevo régimen de la OEDE, debe ser destacado, un aspecto que, a veces, por considerarse elemental, no se valora en su medida. Me refiero a la naturaleza y contenido eminentemente judicial del procedimiento regulado en la DM OEDE. Dicho componente judicial, supuso, en sí mismo, un reforzamiento de las garantías y de la protección de los derechos fundamentales, frente al modelo mixto (judicial-gubernativo propio del régimen extradicional), consecuencia de la lógica restricción del ámbito de decisiones discrecionales, al consolidar definitivamente la primacía del principio de legalidad frente al de oportunidad política.³⁹

sobre la aplicación práctica de la orden europea de detención y entrega, publicado como doc. Consejo núm. 8302/4/09 REV 4

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación desde 2007 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (SEC(2011) 430 final) /* COM/2011/0175 final */

37 Edición de 2018 de la recopilación de jurisprudencia del TJUE sobre la orden europea de detención y entrega de Eurojust (http://www.eurojust.europa.eu/press/News/News/Pages/2018/2018-11-29_EAW-Case-Law-Report.aspx)

38 En ese sentido las consideraciones vertidas en el Documento de Trabajo de fecha 22.09.05, del Comité de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos del Parlamento Europeo con relación al impacto de la orden europea de detención sobre los derechos fundamentales. (DT/580979EN.doc).

39 En relación a la independencia de los Tribunales, propiamente dicha, el TJUE se pronunció en su sentencia del 25 de julio de 2018, en el asunto *LM*, C-216/18 PPU, referida a una OEDE

Igualmente, es recomendable no perder de vista que la DM OEDE y la legislación doméstica de transposición, de naturaleza procesal, regulan tanto las condiciones de su emisión en el procedimiento “penal” principal, como su ejecución en el procedimiento instrumental, que se tramita en el Estado de ejecución⁴⁰. Esta doble perspectiva activa y pasiva, es importante para abordar aspectos comunes de la tramitación de este procedimiento transnacional, pero deviene fundamental para analizar aquellas cuestiones que se han delegado expresamente por el legislador europeo al nacional, en el marco de lo que se conoce como el “principio de autonomía procesal”, que no es ni más ni menos, que la primacía del Derecho Procesal nacional. Este principio, quedaría modulado por el alcance de aquellos conceptos autónomos del Derecho de la Unión, como es el concepto de la autoridad judicial de emisión, cuyo contenido y alcance interpreta el TJUE en su jurisprudencia.

Particularmente, en relación con el concepto de “autoridad judicial de emisión” de la OEDE, partiendo de las conclusiones del Abogado General, Sr. Campos García-Bordona, el TJUE ha dictado durante los años 2016 y 2019, en diferentes oleadas, una serie de sentencias, que han servido para proporcionar una interpretación uniforme y consolidada de dicho concepto, que modula y clarifica su alcance en relación con los sistemas legales de cada Estado miembro, al tiempo que se ha redefinido y reforzado, de manera muy relevante, el papel protagonista del Ministerio Público en el ámbito del reconocimiento mutuo.

emitida por autoridades judiciales polacas, declaró que se puede denegar la ejecución de una OEDE si se percibe un riesgo real de violación del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 47 (2) de la Carta, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en relación con la independencia del poder judicial del Estado miembro emisor, debiéndose comprobar, concreta y precisamente, la situación de esa persona, de la naturaleza de la infracción que se le imputa y del contexto fáctico que han motivado la OEDE; en base a la información proporcionada en base al artículo 15 (2) de la DM OEDE.

40 En este sentido, ATC 263/1989, de 22 de mayo, F.J. único; STC 102/1997, de 20 de mayo, F.J. 6; STC 222/1997, de 4 de diciembre, F.J. 8; STC 5/1998, de 12 de enero, F.J. 4; STC 141/1998, de 29 de junio, F.J. 4; STC 162/2000, de 12 de junio, F.J. 6; o, declarando expresamente la operatividad de esta doctrina respecto del procedimiento de la euro-orden, STC 83/2006, de 13 de marzo, F.J. 6. Entre las garantías del proceso penal que, según el TC, no resultan aplicables al procedimiento de extradición se incluyen la presunción de inocencia (ATC 103/1987, de 28 de enero, F.J. 1), el *Ne bis in idem* (ATC 263/1989, de 29 de febrero, F.J. único) o el derecho a la doble instancia en materia penal (STC 167/2002, de 5 de junio, F.J. 9)

3.1.- ANTECEDENTES: TRILOGÍA DE SENTENCIAS DEL TJUE DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2016.

En el largo y zigzagueante proceso de delimitación y formación del concepto de autoridad judicial de emisión por parte del TJUE, su jurisprudencia ha ido aquilatando el sentido y alcance de la remisión genérica que hace el art. 6 (1) de la DM OEDE a los Derechos nacionales, hasta llegar a la construcción de un concepto autónomo y uniforme para toda la UE. Ello, evidentemente, ha sido un ejercicio nada fácil y, ha exigido una depuración progresiva de dicho concepto, adaptándolo a la realidad del Ministerio Público en los diferentes Estados miembros, a fin de dar cabida en una interpretación amplia de este, al Fiscal. Este camino, lo inició el TJUE en 2016, con la trilogía de procedimientos prejudiciales de urgencia (PPU, por su siglas en francés) decididos en las sentencias dictadas el 10 de noviembre, en los asuntos Poltorak (C-452/16); Özçelik (C-453/16) y Kovalkovas (C-477/16). Entonces, el TJUE tuvo ocasión de interpretar los artículos 6 (1), c), donde se define el concepto de autoridad judicial de emisión; así como, el correlativo concepto de resolución judicial del artículo 1 (1), c) de la Decisión Marco 2002/584/JAI.

Comenzando por, el asunto C-452/16, conocido como el caso Poltorak, en la cuestión prejudicial planteada por el *Rechtbank* o Tribunal de Ámsterdam (Rechtbank), competente para la ejecución de la OEDE emitida por la Dirección General de la Policía Nacional sueca (*Rikspolisstyrelsen*), contra el ciudadano polaco Sr. K. M. Poltorak, reclamado para cumplimiento de una condena de un año y tres meses de prisión impuesta por el Tribunal de primera instancia de Gotemburgo por un delito de lesiones. En dicha cuestión prejudicial, el tribunal holandés pregunta si la OEDE emitida para cumplimiento por la Dirección General de la Policía sueca, pueda ser considerada como emitida por una autoridad judicial, en el sentido del art. 6.1 de la DM OEDE, y si dicha OEDE constituye una resolución judicial, en el sentido del art. 1.1 de la Decisión marco referida.

El TJUE, en respuesta a dicha pregunta, declara, en primer lugar, que las expresiones «autoridad judicial», del artículo 6, apartado 1 y «resolución judicial», del artículo 1 (1), de la DM OEDE, son “conceptos autónomos del Derecho de la Unión”, que necesitan una interpretación autónoma y uniforme en todo el territorio de la UE. Ello significa que

dicha interpretación ha de buscarse teniendo en cuenta, no solo el tenor de la disposición correspondiente, también el contexto en que se enmarca y el objetivo perseguido por la DM OEDE. Por ello, la expresión “autoridad judicial de emisión”, no se limita a designar a los jueces u órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, sino que permite incluir, más ampliamente, a las autoridades que participan en la administración de justicia en el ordenamiento jurídico de que se trate, si bien no admite una interpretación tan amplia como para incluir a los servicios de policía de un Estado miembro ni a otras autoridades administrativas, ya que los mismos forman parte del poder ejecutivo, en que están comprendidos las autoridades administrativas o los servicios de policía. De hecho, el Tribunal recuerda las diferencias entre la cooperación policial y cooperación judicial, reguladas en diferentes capítulos del Título V del TFUE, situando la DM OEDE en el art. 82 (1), letra a) del capítulo V titulado “cooperación judicial en materia penal”.

Finalmente, el TJUE, recordando su doctrina, reitera que el procedimiento de entrega entre Estados miembros al amparo de la DM OEDE se desarrolla bajo control judicial, de manera que las resoluciones relativas a la OEDE disfrutan de todas las garantías propias de este tipo de pronunciamientos. Así, del considerando 8 y del art. 6 de la DM OEDE se desprende que, tanto la decisión relativa a la emisión de la OEDE, como la relativa a la ejecución de la OEDE, son adoptadas por una autoridad judicial, y, además, la intervención de la autoridad judicial se exige igualmente en otras fases del procedimiento de entrega, como la audiencia de la persona reclamada, la decisión de mantenerla privada de libertad o su traslado temporal (apartados 28 a 40).

Dicha conclusión se ve corroborada por la interpretación teleológica de los preceptos de la DM OEDE de acuerdo con el principio de confianza mutua, que solo puede tener lugar entre autoridades judiciales.⁴¹ En efecto, este principio, clave en el funcionamiento de la OEDE, obliga a la autoridad judicial de ejecución al reconocimiento y ejecución de la OEDE emitida por la autoridad judicial emisora (art. 1.2 DM), basándose en el presupuesto de que una autoridad judicial ha intervenido en el Estado de emisión para

41 GARCIA MORENO, José Miguel, en “Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la orden europea de detención y entrega”. Artículo de la ponencia presentada en el curso sobre la orden europea de detención y entrega, celebrado en el CEJ, Madrid el 6 de abril de 2017.

ejercer un control judicial de la proporcionalidad de dicha medida. Por tanto, la emisión de la OEDE por una autoridad no judicial (como un servicio de policía), no permite aportar a la autoridad judicial de ejecución la garantía de que la proporcionalidad de su emisión se haya visto sometida a un control judicial y, por lo tanto, no basta para justificar el elevado nivel de confianza entre los Estados miembros, que constituye el propio fundamento de la DM sobre OEDE, sin perjuicio de la específica organización de los servicios de policía y de su nivel de autonomía (apartados 43 a 45). De hecho, el TJUE constata que, aunque la Dirección General de la Policía Nacional sueca fuera únicamente competente para la emisión de una OEDE para cumplimiento de sentencias firmes, es decir, en fase de ejecución, una vez desvirtuada la presunción de inocencia, cuando el riesgo de que la OEDE pueda ser desproporcionada, queda muy reducido, la emisión de la OEDE siempre debe conllevar un cierto margen de apreciación, que permita valorar, si su emisión resulta proporcionada atendiendo a los diversos intereses en juego, incluyendo los de la persona afectada (apartados 47 a 51), sin que pueda ser considerada una resolución como judicial (art. 1 (1) de la DM), si finalmente es emitida por la policía.

De la interpretación que realiza la sentencia del TJUE se concluía claramente, que ni los servicios policiales suecos, ni los de cualquier otro Estado miembro de la UE, podían ser considerados autoridad judicial de emisión de la OEDE. En ese sentido, la sentencia recuerda que en las conclusiones del Informe de la cuarta ronda de evaluaciones mutuas sobre la aplicación práctica de la OEDE, referido a Suecia⁴², ya destacaba expresamente que el hecho de que la División de Cooperación Policial Internacional de la Dirección General de la Policía Nacional de Suecia fuere la autoridad competente para la emisión de las OEDEs, aunque se limitara a las de ejecución de penas o medidas de seguridad privativas de libertad, no era coherente con la definición de la OEDE como una resolución judicial en el art. 1.1 de la DM OEDE, al no existir ningún tipo de control judicial respecto de la emisión de la OEDE. Con esta referencia al informe GENVAL, contenida en la sentencia, el TJUE justificaba la aplicación inmediata de sus efectos en relación con las OEDEs ya emitidas por la policía sueca, sin dejar margen de maniobra para su subsanación, al considerar que las autoridades suecas ya estaban debidamente advertidas de la anomalía que

42 Informe de la cuarta ronda de evaluaciones mutuas referido a Suecia (documento Consejo núm. 9927/2/08 REV 2 CRIMORG 79),

suponía la atribución de dicha competencia a la policía (apartados 54 a 58).

En el segundo asunto de esta trilogía de sentencias dictadas el 10 de noviembre 2016, nos encontramos con el asunto conocido por el nombre del reclamado como el “caso Koalkovas”, C-477/16 PPU, en cuya sentencia el TJUE decidió de manera muy similar al caso anteriormente comentado, e igualmente en relación a una petición de decisión prejudicial planteada por el proactivo Rechtbank Amsterdam, en relación a la ejecución de una OEDE emitida por el Ministerio de Justicia de la República de Lituania contra el ciudadano lituano Ruslanas Kovalkovas, también para el cumplimiento de una condena firme de cuatro años y seis meses de prisión impuesta por el Tribunal de Distrito de Jonava por delito de lesiones graves.

Con idéntico planteamiento que en la sentencia del asunto Poltorak, el TJUE decide que, el concepto de «autoridad judicial» recogido en el artículo 6 (1) de la DM OEDE debe interpretarse en el sentido de que un ministerio de un Estado miembro, como el Ministerio de Justicia lituano, no debe ser considerado como autoridad judicial, de modo que la OEDE emitida por un funcionario de dicho Ministerio para la ejecución de una sentencia por la que se impone una pena privativa de libertad, no puede considerarse una «resolución judicial» a efectos del artículo 1 (1) de la DM OEDE (apartado 45 de la sentencia). Dicha interpretación no se ve alterada por el hecho de que el Ministerio de Justicia lituano emitiera la OEDE para cumplimiento de una sentencia firme ya dictada por un órgano jurisdiccional al término de un procedimiento judicial, por una parte, y a solicitud de un órgano jurisdiccional, por otra, ya que la decisión de su emisión correspondió, en último término, al Ministerio de Justicia lituano y no al Tribunal que había dictado la sentencia en que se basa la OEDE, por lo que, de facto, dicho Ministerio controló el cumplimiento de los requisitos necesarios para dicha emisión, disponiendo de un margen de apreciación en relación con la proporcionalidad de ésta (apartados 46 y 47).

Por ello, concluye que el concepto de «autoridad judicial» recogido en el artículo 6 (1) de la DM OEDE es un concepto autónomo del Derecho de la Unión y, que dicho artículo 6 (1), debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano del poder ejecutivo, como el Ministerio de Justicia lituano, sea designado como «autoridad judicial emisora» a efectos de dicha disposición, de modo que la OEDE emitida por éste para cumplimiento de

una sentencia condenatoria firme, no puede considerarse una «resolución judicial» a efectos del artículo 1 (1) de la DM OEDE.

Por último, al igual que en la sentencia del asunto Poltorak, en relación con la limitación temporal de los efectos de la sentencia en base al principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión,⁴³ el TJUE recuerda que en relación a Lituania, también el Informe de evaluación del Consejo (GENVAL) de 14 de diciembre de 2007, criticó expresamente el hecho de la emisión de OEDEs por el Ministerio de Justicia lituano, indicando que era incompatible con la exigencia de designación de una «autoridad judicial». En estas circunstancias, concluye no puede considerarse que la República de Lituania desconociera el alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, por lo que deniega limitar en el tiempo los efectos de la sentencia (apartados 53 y 54).

De nuevo, como ya hizo en el asunto *Bob-Dogi*, en las sentencias de los asuntos *Poltorak* y *Kovalkovas*, el Tribunal de Luxemburgo, dejando a un lado el problema de las *'exhaustive grounds for non-execution'*, decide de manera contundente que las OEDEs afectadas no eran válidas o eran nulas de pleno derecho, ya que, como he comentado en ambas, no admitió que dicho defecto pudiera ser subsanado con una validación posterior, lo que incluso obligó a Suecia a cambiar su legislación sobre la OEDE en el corto plazo de dos meses, a fin de limitar a los fiscales, como autoridades judiciales en el sentido amplio del término, la competencia para emitir una OEDE.⁴⁴ Otro efecto colateral de estas sentencias fue la innecesaridad de una “validación judicial”, similar a la establecida en la Directiva 2014/41/UE, que había sido propuesta por el Parlamento Europeo, como posible reforma de la DM de 2002, ya que solo autoridades judiciales en el concepto

43 Lo que hubiera sido posible si concurren dos criterios esenciales, concretamente la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (sentencias de 27 de febrero de 2014, Transportes Jordi Besora, C-82/12, EU:C:2014:108, apartado 41, y de 22 de septiembre de 2016, Microsoft Mobile Sales International y otros, C-110/15, EU:C:2016:717, apartado 60).

44 Como he destacado el TJUE recordó expresamente a Suecia y Lituania que en los informes nacionales respectivos de la cuarta ronda de evaluaciones mutuas de 2007 ya se les advertía que la atribución de la competencia para emitir las OEDEs a la policía y a funcionarios del Ministerio de Justicia, respectivamente, -aunque fueran para cumplimiento de sentencias firmes-, vulneraba el derecho de la Unión, por lo que no cabía subsanación alguna. Por ello, irónicamente comenta el profesor Steve PEERS en su artículo “Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper?”, *EU Law Analysis*, 2016, que abogados y asesores ministeriales deberían estudiar en detalle los informes del Consejo en estas evaluaciones.

delimitado por el TJUE (jueces y fiscales) podrían, en cualquier caso emitir las OEDE.

Por lo tanto, la conclusión común a las dos sentencias comentadas, dictadas en los asuntos *Poltorak* y *Kovalkovas*, es que la emisión de una OEDE por una autoridad policial o administrativa perteneciente al Ministerio de Justicia, claramente, no puede ser considerada autoridad judicial de emisión en los términos del artículo 6 (1) de la DM OEDE, ya que no permite aportar a la autoridad judicial de ejecución garantía de que la emisión de dicha OEDE haya sido sometida al control o supervisión de su proporcionalidad, que es propiamente judicial. Por lo tanto, no bastaría para justificar el grado de confianza elevado entre los Estados miembros que constituye el propio fundamento de la DM OEDE. Sin duda, el TJUE refuerza el concepto de autoridad judicial, como modo de profundizar en la necesaria confianza recíproca sobre la que se debe asentar el principio de reconocimiento mutuo.

Para rematar esta conclusión, la tercera sentencia de la trilogía de 10 noviembre de 2016, concretamente en el asunto C-453/16 PPU, referida a la cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal de Amsterdam en el procedimiento de ejecución de la OEDE emitida, en esta ocasión con fines de enjuiciamiento, contra Halil Ibrahim Özçelik, inicialmente por la policía, si bien ratificada posteriormente por un fiscal húngaro. El TJUE declara expresamente, a diferencia de los casos anteriores, que el Ministerio Fiscal puede ser considerado autoridad judicial. En efecto, citando una sentencia anterior (sentencia de 29 de junio de 2016, asunto *Kossowski*, C-486/14, en su apartado 39)⁴⁵, el TJUE considera que, como quiera que el Fiscal es una autoridad que participa en la administración de la justicia penal de un Estado miembro, la resolución dictada por tal autoridad debe considerarse una «resolución judicial» en el sentido del artículo 8 (1), letra c) de la DM OEDE (apartado 33), entendiéndose que la ratificación realizada supone un

45 Sentencia de 29 de junio de 2016, asunto *Kossowski*, (C-486/14). En aquel supuesto, la fiscalía del distrito de Kołobrzeg (Polonia) había ordenado el archivo definitivo de las diligencias penales, y la petición de decisión prejudicial, remitida por el *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Hamburgo, Alemania), tenía por objeto la interpretación de los artículos 54 y 55 del CAAS, firmado en Schengen (Luxemburgo) el 19 de junio de 1990, así como de los artículos 50 y 52, apartado 1, de la Carta sobre el principio *ne bis in idem*. En el mismo sentido, la clasificación del Ministerio Fiscal como «autoridad competente para participar en la administración de la justicia penal en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate» aparecía en la sentencia de 11 de febrero de 2003, asuntos acumulados *Gözütok y Brügge* (C-187/01 y C-385/01), apartado 28.

control judicial de la decisión policial (apartado 36).

De ese modo, el TJUE de manera coherente con la argumentación desarrollada en las anteriores dos sentencias dictadas en esta trilogía, completa la misma, considerando a los Fiscales integrados dentro del concepto de “autoridad judicial de emisión” del art. 6 (1) de la DM OEDE, de manera que su ratificación, es un acto jurídico por el cual, el Fiscal, como autoridad judicial, controla y confirma la OEDE, como «resolución judicial» en el sentido del artículo 1 (1) de la DM OEDE.

Lo más destacado de este reconocimiento, es que tiene en cuenta un rasgo distintivo del Ministerio Fiscal, a saber, su capacidad —reconocida en las normas constitucionales o legales de los Estados miembros— para participar en la administración de la justicia, como instrumento del Estado que emprende acciones penales y, en cuyo seno, puede incluso acordar, al menos provisionalmente, órdenes de detención o resoluciones equivalentes, antes de que los detenidos pasen a disposición del juez, autoridad que ha de regularizar su situación personal, resolviendo sobre su libertad o su encarcelamiento. En mi opinión, el TJUE en esta última sentencia, tras haber delimitado negativamente el concepto de autoridad judicial de emisión, excluyendo expresamente a la policía y a los funcionarios del Ministerio de Justicia, opta claramente por una interpretación de dicho concepto, que permite incluir al Fiscal, como autoridad del Estado miembro que “participa en la administración de la justicia penal” y, desde el entendimiento de la función del Ministerio Público como promotor de la acción de la justicia, en toda las fases del proceso penal, en sentido amplio —desde la fase de instrucción de la causa hasta la ejecución de la resolución definitiva—. Incluir expresamente a la Fiscalía, tras haber excluido precisamente a autoridades relacionadas con la administración de justicia, pero orgánicamente vinculadas al Ejecutivo, supuso un reconocimiento de la autonomía funcional del Ministerio Fiscal y de su relevante papel en los procesos penales, al describirle como «autoridad competente para participar en la administración de la justicia penal en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate».

3.2.- UNA VUELTA DE TUERCA MÁS EN LA DEPURACIÓN DEL CONCEPTO DE “AUTORIDAD JUDICIAL DE EMISIÓN” DE LA OEDE: SENTENCIAS DE LA GRAN SALA DEL TJUE DE 27 MAYO 2019.

3.2.1.- Antecedentes: Conclusiones del Abogado General.

Para tener una visión más completa del contexto que propició este hito jurisprudencial, que constituye la doctrina contenida en las sentencias dictadas por el TJUE el 27 de mayo de 2019 en las cuestiones prejudiciales planteadas por dos tribunales irlandeses, es conveniente tener presente los argumentos del Abogado General, Sr. Campos Sánchez-Bordona, ya que sus conclusiones son claramente contrarias a la consideración del Ministerio Público como autoridad judicial de emisión de las OEDE.

El Abogado General en sus conclusiones -presentadas el 30 de abril de 2019- en los asuntos acumulados C 508/18 y C 82/19 PPU, contra O.G. y P.I., a las cuestiones prejudiciales formuladas por los tribunales irlandeses en relación a la idoneidad de la Fiscalía alemana para ser considerada autoridad judicial de emisión, inicia su argumentación indicando que dicho procedimiento era la ocasión propicia para retomar un tema que consideraba parcialmente respondido y, por lo tanto, no agotado, en el asunto *Özçelik*. Por ello, se trataba de la ocasión idónea para proporcionar “una respuesta general a la duda sobre la legitimación de los Ministerios Fiscales de los Estados miembros para cursar OEDEs” (del artículo 6 (1) de la DM), ya que en dicho asunto tan solo “se tenía que dilucidar si el Ministerio Fiscal podía emitir una orden de detención nacional (ODN), con arreglo al artículo 8 (2), letra c), de la DM OEDE.” (apartados 1 y 2 de sus conclusiones).

Como ya sostuvo en sus conclusiones del asunto *Özçelik*, frente a las referencias normativas que pueden representar un serio apoyo en favor de la tesis que propugna una interpretación amplia, que permitiera considerar al Ministerio Fiscal como “autoridad judicial” en las diferentes modalidades de la cooperación penal (se refería al art. 2 , letra c) (i) de la Directiva 2014/41/UE de la orden europea de investigación (OEI) -y, aunque no lo mencionara expresamente, también al artículo 2 (8), letra a) (i) en relación a las autoridades de emisión del certificado de embargo-), el Abogado General mantenía que «*no cabe parificar, sin más, la actuación del Ministerio Fiscal en un ámbito (el que atañe a la libertad, afectada por la*

detención de las personas) y en otro (la obtención de las pruebas). Quiero decir que su admisión como autoridad judicial en la Directiva 2014/41/UE, para las órdenes de investigación, no prejuzga necesariamente que haya de extenderse también a la Decisión marco, para las ODE». Por ello, concluía que la naturaleza judicial del Ministerio Público, indiscutible en el ámbito de la obtención de pruebas (o en otros ámbitos de la cooperación penal), debería quedar claramente descartada respecto de la emisión de una ODE, esto es, en el contexto del artículo 6 (1) de la DM OEDE.

Por lo tanto, el Abogado General Sr. Campos, entendiendo que en la sentencia del asunto *Poltorak* tan solo se llevó a cabo una delimitación negativa del concepto de «autoridad judicial», en el sentido del artículo 6 (1) en relación al artículo 8 (1), letra c), de la DM OEDE, propugnaba la necesidad de abordar una delimitación positiva del contenido y alcance del concepto de “autoridad judicial de emisión”, que fuera más restrictiva, hasta el punto de completar la conclusión de la sentencia *Özçelik*, considerando que, aunque el Ministerio Fiscal pudiera emitir una orden de detención nacional (ODN) o ratificar la emitida por la policía, en ningún caso debería adoptar y emitir una OEDE. El Abogado General basaba dicha conclusión, en que la tutela judicial efectiva que ha de conferirse en el segundo nivel de protección en el que se encuadra la emisión de la OEDE, pondera un factor clave que no concurre en el primer nivel del procedimiento: la eventualidad de una privación de libertad más prolongada, en el Estado miembro de ejecución. Dicha circunstancia relevante, por sí misma, aconseja, a su juicio, reservar la emisión de la ODE a los jueces y tribunales, única autoridad capaz de dispensar la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta, con exclusión del Ministerio Fiscal, quien, aunque es autoridad que participa en la administración de justicia, no está, como el juez, sometido exclusivamente a la ley y no es independiente en el mismo grado que los jueces. Considerando, de manera claramente restrictiva, que “solo el juez o tribunal está en condiciones de ponderar adecuadamente la proporcionalidad en la emisión de una ODE” y que el concepto de «autoridad judicial» debe reservarse exclusivamente a los jueces y tribunales integrantes del «poder judicial» cuando se trata de la emisión de una OEDE. El Abogado General concluía, que el art. 6 (1) de la DM OEDE debía interpretarse “en el sentido de que el concepto de “autoridad judicial emisora” no comprende la institución del Ministerio Fiscal”.

3.2.2.- *Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 27 de mayo de 2019 en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, contra O.G. y P.I.*

Dicha sentencia resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por la *Supreme Court* (Tribunal Supremo, Irlanda) y a la *Highy Court* (Tribunal Superior, Irlanda) en relación a las OEDes emitidas por la Fiscalía de Lübeck (Estado federado de Schleswig–Holstein, Alemania, asunto C-508/18) y la Fiscalía de Zwickau (Estado federado de Sajonia, Alemania, asunto C-82/19), en las que se cuestionaba la consideración de autoridad judicial de emisión de dichas Fiscalías alemanas, a los efectos de la DM OEDE.

En primer lugar, en este proceso de depuración y delimitación del concepto autónomo y uniforme de autoridad judicial, previsto en el art. 6 (1) de la DM OEDE, debe ser destacado que la sentencia de la Gran Sala del TJUE, apartándose claramente de las conclusiones del Abogado General, recuerda y se reitera en su doctrina anterior, favorable a una interpretación amplia del concepto de «autoridad judicial de emisión», que no se limita a designar a los jueces o tribunales de un Estado miembro, sino que deben entenderse en el sentido de que incluye o, permite designar, más ampliamente, a las autoridades que participan en la administración de la justicia penal en ese Estado miembro, sin incluir a los funcionarios del ministerio o a la policía, que forman parte del poder ejecutivo (apartado 50 con cita expresa de las sentencias de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, C–452/16 PPU, apartados 33 y 35, y *Kovalkovas*, C–477/16 PPU, apartados 34 y 36). Por ello, frente a la postura del Abogado General, la Gran Sala no deja duda alguna a que el artículo referido requiere una interpretación amplia, que permite incluir en el concepto de autoridad judicial al Ministerio Público. En ese sentido, el apartado 52 de la sentencia recuerda que la DM OEDE es un instrumento de cooperación judicial en materia penal que versa sobre el reconocimiento mutuo, no solo de las sentencias firmes dictadas por los tribunales de enjuiciamiento penal, sino que se extiende a las OEDes emitidas en otras fases del procedimiento penal, facilitando su libre circulación.

Por ello, el apartado 60 de la sentencia la Gran Sala concluye claramente que, en términos generales, *“debe considerarse que una autoridad, como una fiscalía, que tiene competencia, en el marco del procedimiento penal,*

para ejercer la acción penal contra una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de que sea llevada ante un tribunal, participa en la administración de la justicia del Estado miembro de que se trate.”, rematando dicha argumentación en el apartado 62 de la sentencia con esta declaración: “En estas circunstancias, puede considerarse que tales fiscalías participan en la administración de la justicia penal en el Estado miembro de que se trata”.

Sentado lo anterior, el TJUE refiriéndose a la exigencia de independencia y las dudas planteadas acerca de si las fiscalías alemanas, al formar parte de una estructura jerarquizada que depende del ministro de Justicia del *Länder*, -quien puede dirigirles instrucciones-, son realmente independientes, aclara las condiciones que una autoridad judicial, -incluyendo las Fiscalías-, deben reunir a fin de estar habilitada para la emisión de euroórdenes, destacando las siguientes:

Que el nuevo régimen de entrega simplificado y directo entre autoridades judiciales instaurado por la DM OEDE, se basa en su judicialización plena, suprimiendo cualquier vestigio de una posible intervención del ejecutivo, propia del sistema extradicional anterior, como única manera de garantizar la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia penal en el ELSJ,

En este marco, cuando se dicta una OEDE para el ejercicio de acciones penales, la persona reclamada tiene derecho a las garantías procesales y los derechos fundamentales y dicha tutela debe ser garantizada en el procedimiento penal principal donde la OEDE se emite.

Por consiguiente, el sistema de la OEDE entraña, una doble protección, a dos niveles, de los derechos y garantías procesales de los que debe disfrutar la persona reclamada, concretamente: la tutela judicial efectiva prevista, en un primer nivel, cuando se dicta un auto de prisión nacional, la tutela que debe conferirse, en un segundo nivel, al emitirse la OEDE, normalmente, en un breve plazo tras la adopción del auto de prisión nacional.

Esto significa que aun cuando hay auto prisión previo dictado por un tribunal, es a la autoridad judicial de emisión, la que, en último término, decide emitir la OED, correspondiendo a esta garantizar el segundo nivel de protección (apartado 72)

Por ello, la autoridad judicial de emisión, si es un fiscal, debe estar en condiciones de ejercer esta función (emitir una OEDE) con objetividad, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuesta al riesgo de instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo, (apartado 73),

Por consiguiente, la independencia requerida para que la Fiscalía pueda emitir OEDEs exige, por un lado, que existan normas estatutarias u organizativas adecuadas para garantizar que la autoridad judicial emisora (el Fiscal) no se vea expuesta, en un caso concreto, a la hora de adoptar una decisión de emitir tal OEDE, a riesgo alguno de recibir instrucciones individuales del poder ejecutivo (apartado 74).

Por otro lado, la proporcionalidad de esa decisión debe poder ser objeto de un recurso judicial en el Estado miembro de emisión que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva (apartado 75),

En consecuencia, la autoridad judicial emisora debe poder aportar a la autoridad judicial de ejecución la garantía de que, a la vista de las salvaguardas previstas en el ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor, actúa con independencia al ejercer sus funciones inherentes a la emisión de OEDEs. Esta independencia exige que existan normas estatutarias u organizativas adecuadas para garantizar que la autoridad judicial emisora no se vea expuesta, a la hora de adoptar una decisión de emitir tal orden de detención, a riesgo alguno de recibir instrucciones individuales del poder ejecutivo (Sentencias dictadas en el asunto C-509/18, -apartado 52- y en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19, -apartado 74-).

Ese riesgo de que el poder ejecutivo pueda influir en la fiscalía en un caso concreto a través de una instrucción individual (de acuerdo con el artículo 147 de la *Gerichtsverfassungsgesetz*, Ley Orgánica del Poder Judicial alemana, el ministro de Justicia dispone de una potestad de instrucción «externa» con respecto a estas fiscalías), hace que el TJUE concluya finalmente que en el caso de la Fiscalía alemana, no se dan las condiciones que permitan garantizar que, en el marco del ejercicio de sus funciones en materia de emisión de OEDEs, dicha fiscalía (sin perjuicio de las diferencias entre los diferentes *Länders*) respete las garantías mencionadas. En base a ello, el TJUE decidió, finalmente, que las Fiscalías alemanas no pueden

integrarse en el concepto de autoridad judicial de emisión del art. 6 (1) de la DM OEDE, ya que las mismas están expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, como un ministro de Justicia, en el marco de la adopción de una decisión relativa a la emisión de una orden de detención europea.

Por consiguiente, cuando el sistema legal del Estado miembro de emisión, atribuye la competencia para emitir OEDE a una autoridad que, si bien participa en la administración de la justicia de ese Estado miembro, no es un tribunal, como sería el caso del Ministerio Público, debe quedar siempre claro que la Fiscalía no está integrada en el ejecutivo y que los fiscales no forman parte de una estructura jerarquizada que depende finalmente del Ministerio de Justicia (apartados 60 al 63 de la de la STJUE en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19). En ese sentido, el considerando 65 de la sentencia citada, se refiere a la judicialización como una de las características del nuevo sistema de la OEDE (citando el apartado 41 la sentencia del caso Kovalkovas). Todo ello, para garantizar la imparcialidad del test de proporcionalidad que debe preceder a la emisión y control de un instrumento como la OEDE, que implica la privación de libertad de la persona reclamada, lo que hace que sea especialmente relevante que la autoridad judicial de emisión, esté en condiciones de garantizar la concurrencia de dicha proporcionalidad, de modo que asegure su objetividad y, teniendo en cuenta, la suficiencia probatoria del caso concreto, lo que requiere que no exista posibilidad alguna de injerencias extraprocesales de cualquier clase. Además, la decisión de emitir una OEDE y, en particular, la proporcionalidad de la misma, deben poder ser objeto de un recurso judicial en dicho Estado miembro de emisión, que satisfaga plenamente las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva (STJUE asunto C-509/18, apartado 53).

En ese sentido, el Ministerio de Justicia alemán en el mensaje que remitió a Eurojust en respuesta al cuestionario lanzado tras la publicación de la sentencia, lejos de plantearse una reforma legal que permitiera a la Fiscalía cumplir las condiciones de independencia exigidas por el TJUE, se comprometió a realizar una nueva notificación, a la Comisión, en relación con el art. 6 (3) de la DM OEDE, en la que designaba como autoridad judicial de emisión de las OEDEs a los Jueces de la Investigación (*Ermittlungsrichter*)⁴⁶.

46 Consultada la página web de la RJE <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libdocumentproperties/EN/315>, el día 30 de diciembre de 2019, tan solo aparece la notificación hecha el 2 de agosto de 2011

En cuanto a los efectos de la sentencia, reconocía el Ministerio de Justicia, que la misma afectaba a las OEDE emitidas por los fiscales alemanes y que todas ellas iban a ser reemplazadas por nuevas OEDEs emitidas por los jueces, reconociendo que al día de la fecha de la sentencia ello afectaría a más de 5.300 OEDEs⁴⁷, por lo que su sustitución podría durar varias semanas. A tal fin, se establecía en dicho mensaje del Ministerio de Justicia un orden de prioridades, teniendo en cuenta que el reclamado estuviere privado de libertad en el Estado de ejecución, la gravedad de los delitos y finalmente el resto de las circunstancias concurrentes, por este orden. Sobre la cuestión de la nulidad de las OEDEs, como quiera que el TJUE no se pronunció al respecto, el Ministerio de Justicia consideraba que las OEDEs, eran subsanables mediante la re-emisión de las mismas por jueces, dependiendo la suficiencia de la OEDE para mantener el arresto del reclamado antes de la entrega, de la decisión de cada autoridad de ejecución, en última instancia.

Evidentemente, esta decisión no afecta al sistema español en el que se atribuye la competencia para emitir OEDE, unicamente, al Juzgado de Instrucción o al Juzgado/Tribunal, que dictó el auto de prisión o la sentencia, en su caso. Sin perjuicio de ello, como he comentado anteriormente el Fiscal, sí que participa en la administración de la justicia española valorando la proporcionalidad de la OEDE en un momento previo, al solicitar su emisión, de acuerdo con el art. 39 de la ley 23/2014, de reconocimiento mutuo, debiendo comprobar que concurren los requisitos de la prisión preventiva, de acuerdo con el art. 502 de la LECrim a la que el mismo se remite, hasta el punto de que el dictado del auto de prisión provisional es requisito previo imprescindible a la emisión de la OEDE, en línea con la sentencia del caso *Bob-Dogi*.⁴⁸

47 AMBOS, Kai, en su artículo “Sobre las Fiscalías alemanas como autoridad de emisión de la orden europea de detención y entrega. Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), en los asuntos acumulados C-5081/18 y C-82/19 PPU, y en el asunto C-509/18, de 27 de mayo de 2019”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 71, julio-agosto 2019, hace referencia a la declaración de la Fiscalía General de Celle –que es la encargada de coordinar el trabajo de las Fiscalías generales alemanas referente a OEDEs-, según la cual deberían ser emitidas 5.600 nuevas OEDEs.

48 Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 1 de junio de 2016, en el asunto C-241/15.

3.2.3.- Sentencia de la Gran Sala del TJUE, de 27 de mayo de 2019 en el asunto C-509/18. C-509/18 PPU - PF. Dictada en la cuestión prejudicial planteada por la Supreme Court de Irlanda, en el procedimiento de ejecución de la OEDE emitida por el Fiscal General de la República de Lituania para el enjuiciamiento de P.F.

A la pregunta clave de si es el Fiscal General de Lituania una autoridad judicial, conforme al significado autónomo de este concepto recogido en el artículo 6, apartado 1, de la DM OEDE, el TJUE concluye que el Fiscal lituano puede tener la consideración de autoridad judicial emisora de una OEDE ya que, además de tener encomendadas las funciones de organizar y dirigir la instrucción y de ejercer la acción pública (apartado 41), su estatuto legal, efectivamente garantiza, no solo la objetividad de sus misiones, sino que le confiere asimismo una garantía de independencia frente al poder ejecutivo a la hora de emitir dicha órdenes (apartado 56).

Ahora bien, los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia, no le permiten determinar si las decisiones de este Fiscal de emitir una OEDE, pueden ser impugnadas a través de un recurso plenamente ajustado a las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente. Con ello, el TJUE afirma que bastaría con que existiera tal protección judicial “al menos, en uno” de los dos niveles, sin perjuicio de que la Fiscalía competente para emitir la OEDE deba “controlar en particular” el cumplimiento “de los requisitos necesarios para dicha emisión y valorar si, teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto, dicha emisión tiene carácter proporcionado”. De manera que, estas exigencias de protección, diferenciada en el segundo nivel, deberían aplicarse de manera específica igualmente cuando la OEDE se basa en una resolución judicial de detención nacional subyacente, por lo que la Fiscalía debería poder realizar una supervisión de manera objetiva. Es decir, “considerando todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuestas al riesgo de que su potestad decisoria pueda ser objeto de órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo, de modo que no exista ninguna duda de que la decisión de emitir la OEDE corresponde a esa autoridad y no, en definitiva, a dicho poder”. La autoridad de emisión debería entonces actuar de manera “independiente”, lo que “exige” que no pueda estar sometida a ninguna indicación concreta por parte del Ejecutivo.

3.3.- Sentencia de la Sala Segunda del TJUE, de 9 de octubre de 2019, dictada en el asunto C-489/19 PPU-NJ.

Tras el impacto que supuso la sentencia de la Gran Sala del TJUE de 27 de mayo de 2019, que inhabilitaba al fiscal alemán para emitir OEDes, con la consiguiente atribución de dicha competencia, de manera sobrevenida y no específicamente prevista en su legislación, a los jueces de instrucción correspondientes, había una gran expectación en otros Estados miembros, en relación a la resolución de cuestiones planteadas pendientes. Sobre todo, en Estados miembros donde el fiscal es competente para emitir OEDes y la Fiscalía, tiene una naturaleza “híbrida”, entre autoridad judicial y vinculada al ejecutivo. En particular, el interés se centraba en comprobar si en futuros pronunciamientos, el Tribunal de Luxemburgo, iba a profundizar en los postulados y exigencias de independencia funcional ya apuntados o, si por el contrario, su doctrina iba a modularse teniendo en cuenta las peculiaridades de cada sistema judicial y las repercusiones prácticas de la misma.

Ante las dudas planteadas por el *Kammergericht* de Berlín, sobre la condición de «autoridad judicial» de la Fiscalía de Viena, y teniendo en cuenta la doctrina establecida en la sentencia dictada en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, la Sala Segunda del TJUE analiza el procedimiento existente en Austria⁴⁹ para la emisión de OEDes.

El Derecho austriaco prevé, tanto cuando la decisión se refiere a la emisión de una orden de detención nacional (ODN) como respecto a la emisión de una OEDE (art. 171 (1) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 29 (1) de

49 De acuerdo con el Informe de la cuarta ronda de evaluaciones mutuas del GRECO en relación a Austria (publicado el 13 de febrero de 2017), la Fiscalía está basada en el principio de dependencia jerárquica bajo el control Ministro de Justicia Federal y el gobierno tiene discrecionalidad en la selección y nombramiento de Fiscales, incluso para puestos de promoción, ya que no se limita a un nombramiento formal, al no estar vinculado por la propuesta de los paneles de selección/promoción, puede decidir entre los propuestos. Es más, el Presidente Federal elige a los miembros del órgano consultivo de la Fiscalía, el denominado Consejo de Instrucciones, de una lista que incluye candidatos del Gobierno. Asimismo, el Ministro de Justicia mantiene la posibilidad de archivar procedimientos relacionados con la corrupción incluso si el Consejo Fiscal decide continuar, en cuyo caso el ministro debe informar al Parlamento. Sin embargo, a partir de 2008, se reforma la Constitución, concretamente el nuevo art. 90, a fin de integrar a los fiscales en la judicatura considerándolos autoridades judiciales, si bien esta previsión constitucional está pendiente de desarrollo legislativo, sin que el último informe de evaluación de julio de 2019 haya advertido que la recomendación xvii referida a esta concreta situación haya tenido mejoras a destacar.

la Ley de Cooperación Judicial en Materia Penal, respectivamente), el fiscal austriaco ordene la detención a través de la correspondiente orden, que solo podrá ser transmitida, si es previamente homologada por un tribunal, que supervisa el cumplimiento de los requisitos de emisión de la orden y la proporcionalidad de esta, siendo además, dicha decisión susceptible de recurso (apartados 39 y 47). Por ello, pese a la estructura jerarquizada de la Fiscalía austriaca, en la que las fiscalías locales están directamente subordinadas a las superiores y, a su vez, estas últimas, pueden recibir instrucciones del Ministro Federal de Justicia (artículo 2, apartado 1, de la Ley del Ministerio Fiscal), como quiera que mientras no se homologuen las decisiones de la fiscalía por un tribunal, las OEDE austriacas no producen efectos jurídicos ni pueden ser transmitidas (apartado 46).

Por ello, no obstante las eventuales instrucciones que pudiera recibir la fiscalía, como quiera que el tribunal dicta una resolución autónoma con respecto a la decisión de la fiscalía (apartado 47), el TJUE considera (en una alambicada argumentación) suficientemente neutralizado el riesgo derivado de las instrucciones individuales del poder ejecutivo, considerando que la facultad real de decidir sobre la emisión de una OEDE recae, en definitiva, en el tribunal encargado de homologar tal orden.

En base a ello, finalmente, concluye que el concepto de «OEDE» del artículo 1 (1) de la DM OEDE, debe interpretarse en el sentido de que, aunque las fiscalías de un Estado miembro se hallen expuestas al riesgo de estar sujetas, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales del ministro de Justicia, en el contexto de la emisión de las OEDEs, las emitidas finalmente por las fiscalías están comprendidas en dicho concepto, en la medida en que tales OEDEs, para poder ser transmitidas por dichas fiscalías, deben necesariamente ser homologadas por un tribunal que, teniendo acceso a la totalidad de los autos de la instrucción, a los que se incorporan las eventuales órdenes o instrucciones individuales del poder ejecutivo, controla de manera independiente y con objetividad el cumplimiento de los requisitos de emisión de dichas órdenes de detención y la proporcionalidad de las mismas, adoptando así una resolución autónoma que da su forma definitiva a tales órdenes.

3.4.- Sentencias dictadas por el TJUE (Sala Primera) el 12 de diciembre de 2019.

En la última oleada de sentencias, el TJUE examina los sistemas judiciales de Francia, Suecia y Bélgica. Concretamente, en las cuestiones planteadas por el *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg* y el *Openbaar Ministerie* en los procedimientos de ejecución de las OEDEs emitidas por Fiscales de Lyon y de Tours, que dieron lugar a los siguientes asuntos:

-Asuntos acumulados C-566/19 PPU JR y C-629/19 PPU YC (en relación a una OEDE emitida por fiscales franceses),

-Asunto C-625/19 PPU XD (cuestionando una OEDE emitida por el Fiscal sueco), y el

-asunto C-627/19 PPU ZB (en relación a una OEDE emitida por el Fiscal de Bruselas).

-Las sentencias en los asuntos referidos fueron pronunciadas el mismo día 12 de diciembre de 2019 y en ellas, el TJUE completó su jurisprudencia reciente, iniciada en mayo de 2019, en relación a las Fiscalías alemana y lituana, si bien ahora, de manera más equilibrada, se parta claramente de las conclusiones del Abogado General y, considera que las fiscalías francesa, sueca y belga, reúnen los requisitos necesarios para emitir una OEDE, al tiempo que, aclara el alcance de la tutela judicial efectiva que gozan las personas reclamadas.

Es relevante tener en cuenta que, de las OEDEs analizadas, en los tres primeros casos (dos de ellos acumulados), fueron emitidas con fines de enjuiciamiento o para el ejercicio de acciones penales y, solo en el cuarto asunto, lo fue con fines de cumplimiento de condena firme.

Concretamente las sentencias a que nos referimos son las siguientes:

3.4.1.- Sentencia del TJUE (Sala Primera) dictada en el asunto C-625/19 PPU XD.

Pronunciada en la cuestión prejudicial planteada por el *Rechtbank Amsterdam* en el procedimiento relativo a la ejecución de una OEDE emitida

contra *XD* por el *Åklagarmyndigheten* (Ministerio Fiscal, Suecia) para el ejercicio de acciones penales.

En esta cuestión prejudicial el Tribunal de Amsterdam no cuestiona independencia de la Fiscalía sueca, por lo que el debate acerca de su condición de autoridad judicial de emisión, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la DM OEDE, se centra en la existencia de un control jurisdiccional de la decisión de emitir la OEDE.

La sentencia aclara desde el principio que la existencia de un control jurisdiccional de la decisión de emitir una OEDE por la Fiscalía, no es un requisito para que dicha autoridad pueda ser calificada de autoridad judicial emisora en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la DM OEDE, ya que tal exigencia no entra en el ámbito de aplicación de las normas estatutarias y organizativas de dicha autoridad, sino que se refiere al procedimiento de emisión de la citada orden.

En este asunto, a diferencia del asunto C-489/19 contra NJ, el Tribunal Europeo, se plantea si, en caso de que la competencia para emitir una OEDE para el ejercicio de acciones penales corresponde a una Fiscalía, las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva se cumplen cuando un juez haya apreciado los requisitos de emisión de la misma y, en particular, su proporcionalidad a priori y no, mediante homologación a posteriori.

Concretamente, la emisión de una OEDE para enjuiciamiento necesariamente trae causa, en el ordenamiento jurídico sueco, de un auto de prisión provisional de la persona reclamada, dictada por un Tribunal que evalúa igualmente la proporcionalidad de la emisión de una OEDE. Es más, si el investigado huye o, no reside en Suecia, el principal motivo por el que el Fiscal solicita a un órgano jurisdiccional su prisión radica, en la necesidad de emitir una OEDE, por lo que, la valoración de la proporcionalidad de la prisión provisional incluye la necesidad de emitir una OEDE. De hecho, los debates de la vista oral celebrada ante el Tribunal sueco en relación con la prisión provisional de *XD*, también versaron sobre la necesidad de emitir una OEDE. Además, la persona reclamada tiene derecho a interponer un recurso de apelación contra el auto de prisión provisional, sin sujeción a plazo alguno, incluso con posterioridad a la emisión de la OEDE y a su detención en el Estado de ejecución de la misma y, de anularse dicho auto de prisión provisional, quedaría automáticamente invalidada la OEDE, ya

que su emisión se basa en la existencia de tal resolución (apartados 46 a 50). Por ello, aun a falta de recurso específico e inmediato contra la decisión del Fiscal de emitir una OEDE, el TJUE considera que los requisitos de su emisión y, en particular, su proporcionalidad, pueden ser objeto, en el Estado miembro emisor, de control jurisdiccional no solo previo o simultáneo a su adopción, sino también posterior.

Por último, pero no menos importante, el sistema global de garantías inherentes a la tutela judicial efectiva, se debe considerar completado con el artículo 10 de la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, donde se exige que, tras la privación de libertad, la autoridad competente del Estado miembro de ejecución informe sin demora indebida a las personas cuya entrega se solicita de su derecho a designar un abogado en el Estado miembro emisor.⁵⁰

50 la Directiva 2013/48/EU en su art. 10.4 establece que: *“La autoridad competente del Estado miembro de ejecución informará a la persona reclamada, sin demora injustificada tras su privación de libertad, de que tiene derecho a designar a un letrado en el Estado miembro emisor. La función del letrado en el Estado miembro de emisión consistirá en apoyar al letrado del Estado miembro de ejecución, facilitándole información y asesoramiento con vistas a que la persona reclamada pueda ejercer efectivamente los derechos que le confiere la Decisión Marco 2002/584/JAI.”*

Esta disposición ha sido transpuesta en la ley 23/2014 de reconocimiento mutuo, mediante reforma operada en la ley 3/2018, de 11 de junio, que tanto desde un punto de vista activo como pasivo ha modificado, respectivamente, en el apartado 4 de su artículo 39: *«Cuando la persona reclamada ejerza en el Estado de ejecución su derecho a designar abogado en España para asistir al abogado en el Estado de ejecución, se garantizará el ejercicio de este derecho y, en su caso, del derecho a la asistencia jurídica gratuita, en los términos que legalmente proceda conforme al Derecho español. La petición deberá tramitarse por la autoridad judicial española con carácter inmediato y la designación de profesionales por el Colegio de Abogados tendrá carácter preferente y urgente».*

Así como, los apartados 3 y 4 del artículo 50 de dicha ley 23/2014:

“3. Puesta la persona detenida a disposición judicial, se le informará de la existencia de la orden europea de detención y entrega, de su contenido, de su derecho a designar a un abogado en el Estado emisor de la orden europea cuya función consistirá en prestar asistencia al abogado en España facilitándole información y asesoramiento, de la posibilidad de consentir en el trámite de audiencia ante el juez y con carácter irrevocable su entrega al Estado emisor, así como del resto de los derechos que le asisten. En el caso de que solicite designar a un abogado en el Estado emisor, se pondrá en conocimiento de su autoridad competente con carácter inmediato.

4. La persona detenida será informada por escrito de manera clara y suficiente, y en un lenguaje sencillo y comprensible, de su derecho a la renuncia al abogado en el Estado de emisión, sobre el contenido de dicho derecho y sus consecuencias, así como de la posibilidad de su revocación posterior. Dicha renuncia debe ser voluntaria e inequívoca, por escrito, y haciendo constar las circunstancias de la misma.

Por ello, el TJUE declara que, en el caso de Suecia, la DM OEDE debe interpretarse en el sentido de que las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, de las que debe gozar la persona reclamada para enjuiciamiento, se respetan cuando, con arreglo a la legislación del Estado miembro emisor, los requisitos de emisión de dicha orden y, en particular, su proporcionalidad, están sujetos a control jurisdiccional en ese Estado miembro.

3.4.2.- Sentencia dictada por el TJUE (Sala Primera) en los asuntos acumulados C-566/19 PPU JR y C-626/19 PPU YC.

Las cuestiones prejudiciales fueron planteadas por la *Cour d'appel* (Luxemburgo) y el *Rechtbank Amsterdam* en los procedimientos de ejecución de OEDEs emitidas por el fiscal del Tribunal de Primera Instancia de Lyon contra *JR* (asunto C-566/19 PPU) y por el fiscal del Tribunal de Primera Instancia de Tours contra *YC* (asunto C-626/19 PPU), ambas para el ejercicio de acciones penales o con fines de enjuiciamiento.

Sobre el concepto de “autoridad judicial emisora”, partiendo de la indiscutible participación en la administración de la justicia penal de los fiscales franceses, ya que gozan de la condición de magistrados (apartado 53), el Tribunal examina si dicho estatuto de magistrado le confiere una garantía de independencia suficiente para emitir OEDEs. Concretamente, el artículo 64 de la Constitución garantiza la independencia de la autoridad judicial, que está compuesta por magistrados jueces y por magistrados fiscales, y que, en virtud del artículo 30 del Código Procesal Penal (CPP), el Ministerio Fiscal desempeña sus funciones de manera objetiva, a salvo de instrucciones individuales del poder ejecutivo, ya que el Ministro de Justicia solo puede impartir a los fiscales instrucciones generales sobre política penal, con el fin de garantizar la coherencia de esa política en todo el territorio. De ese modo, las instrucciones generales no pueden tener como efecto, en modo alguno, que un fiscal no pueda ejercer su facultad de evaluar la proporcionalidad de la emisión de la OEDE. Además, en virtud del artículo 31 CPP, el Ministerio Público ejercerá la acción pública y exigirá la aplicación de la ley de conformidad con el principio de imparcialidad (apartado 54). Tales elementos, bastaron al TJUE para considerar que, en

La renuncia al abogado en el Estado de emisión podrá revocarse posteriormente en cualquier momento del proceso penal y surtirá efectos desde el momento en que se efectúe.»

Francia, los fiscales disponen de la independencia necesaria para valorar la proporcionalidad de emitir una OEDE y ejercer esa facultad de forma objetiva, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo. Su independencia no queda en entredicho por el hecho de que se encarguen de la acción pública, ni por el hecho de que el Ministro de Justicia pueda dirigirles instrucciones generales de política criminal, ni por estar situados bajo la dirección y el control de sus superiores jerárquicos, (también magistrados-fiscales), estando por ello obligados a atenerse a las instrucciones de estos últimos. A destacar que el TJUE declara expresamente que, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no prohíbe las instrucciones internas que pueden impartirse a los fiscales por sus superiores jerárquicos, sobre la base de la relación de subordinación por la que se rige el funcionamiento del Ministerio Fiscal (apartado 56). Evidentemente, entiendo que se refiere al principio de unidad de actuación, basado en el principio de legalidad.

Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (apartados 59 a 74), el TJUE aclara y precisa el doble nivel de protección necesario para respetar las exigencias de la tutela judicial efectiva y, la necesidad de un recurso contra la emisión de la OEDE. En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha señalado que la existencia de ese recurso jurisdiccional, no constituye un requisito para que la autoridad sea calificada como autoridad judicial emisora. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha indicado, que corresponde a los Estados miembros velar por que sus ordenamientos jurídicos garanticen eficazmente el nivel de tutela judicial exigido, estableciendo normas procesales pueden diferir de un ordenamiento a otro. Es por ello, que el establecimiento de una vía de recurso independiente contra la decisión de emitir una orden de detención europea, no constituye sino una posibilidad. Concretamente en relación con el ordenamiento francés, el TJUE reconoce que cuando el Ministerio Fiscal emite una OEDE para el ejercicio de acciones penales, como quiera que el Tribunal que dictó la orden de prisión nacional en la que se basa solicita a su vez del Fiscal que emita la OEDE, apreciando los requisitos necesarios para la emisión de esta última y, en particular, su proporcionalidad, existe un control jurisdiccional previo, incluso cuasi-concomitante. Además, el artículo 170 del CPP, prevé una acción de nulidad contra la decisión de emitir una OEDE, como acto procesal, que permite al reclamado ejercitar sus derechos durante toda la instrucción penal, por lo que el control jurisdiccional existe también *a posteriori*, tras la entrega de la persona reclamada (apartados 69 y 70), por lo que el TJUE concluye que

el sistema francés responde a la exigencia de una tutela judicial efectiva.

Al igual que en la sentencia anterior referida a Suecia, el TJUE vuelve a hacer referencia al sistema global de garantías inherentes a la tutela judicial efectiva, el cuál se debe considerar completado con el artículo 10 de la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, en el que se prevé que, tras la privación de libertad, la autoridad competente del Estado miembro de ejecución informe sin demora indebida a las personas cuya entrega se solicita de su derecho a designar un abogado en el Estado miembro emisor.⁵¹

Por todo ello, el TJUE declara que, en el caso de Francia, el art. 6 (1) de la DM OEDE debe interpretarse en el sentido de que concepto de «autoridad judicial emisora», con arreglo a dicha disposición, comprende a los fiscales encargados del ejercicio de la acción pública y situados bajo la dirección y el control de sus superiores jerárquicos, por cuanto su estatuto jurídico les confiere una garantía de independencia, en particular, con respecto al poder ejecutivo, en el marco de la emisión de la OEDE y que las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva de la que debe gozar la persona reclamada para enjuiciamiento se respetan cuando, con arreglo a la legislación del Estado miembro emisor, los requisitos de emisión de dicha orden y, en particular, su proporcionalidad, están sujetos a control jurisdiccional en ese Estado miembro.

3.4.3.- Sentencia dictada en el asunto C-627/19 PPU ZB.

Dictada en la cuestión prejudicial planteada por el *Rechtbank Amsterdam* en el procedimiento de ejecución de una OEDE emitida contra ZB por el *Procureur des Konings* de Bruselas, con el fin de ejecutar penas de prisión.

Bélgica es uno de los Estados miembros en la que el Fiscal General del Estado se sitúa en la órbita del Ministerio de Justicia, si bien ello significa la subordinación del Ministerio Público al poder ejecutivo, sino que se trata

51 Véase supra, nota al pie de página 50.

más bien una cuestión de ubicación de la Fiscalía, de naturaleza híbrida, en la arquitectura normativa constitucional, desde un punto de vista de responsabilidad política de la misma. En ese sentido, el Art. 153 de la constitución belga declara que “La corona nombra y cesa a los individuos del MF que trabajan en los juzgados y tribunales” Asimismo, los arts. 143, 143bis y 143ter del Código Judicial belga, se refieren a las competencias de las Fiscalías bajo la autoridad y supervisión del Ministerio de Justicia. Además, el estatuto orgánico del fiscal está establecido por una norma de rango legal aprobada por el parlamento y no por un reglamento u ordenanza del ejecutivo. Finalmente, los arts. 137 y 138 del Código Judicial belga ha evolucionado, superando el principio de que la Fiscalía representa al ejecutivo ante los tribunales, ya que en realidad es comúnmente aceptado que representa a la sociedad. Su vínculo, de naturaleza simplemente organizativa, con el ejecutivo le hace independiente de los jueces. La redacción del art. 151 apartado 1, párrafo primero, de la Constitución belga, refleja la naturaleza híbrida de la Fiscalía, cuando declara: «El Ministerio Público gozará de independencia en la realización de investigaciones y en el ejercicio de la acción penal individual, sin perjuicio del derecho del ministro competente a ordenar el ejercicio de la acción penal y a dictar directrices vinculantes de política penal, inclusive en materia de política de investigaciones y de ejercicio de acciones penales.». En cualquier caso, del contenido del Art. 151 de la Constitución belga antes mencionado, se desprende que el Ministro de Justicia puede dar instrucciones positivas (no negativas) en casos concretos.

Como quiera que el artículo 32, apartado 2, de la ley sobre la Orden de Detención Europea belga, de 19 de diciembre de 2003⁵², atribuye la emisión de las OEDes con fines de cumplimiento de condenas al Fiscal, había interés por saber si el TJUE iba a aplicar doctrina de la sentencia de 27 de mayo de 2019 en los asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, contra O.G. y P.I. y, consecuentemente, declarar que el Fiscal belga aunque participe en la administración de la justicia penal, no goza de la independencia funcional necesaria para ser considerado autoridad judicial. Finalmente, el TJUE no entra en esta cuestión, apreciando que la independencia con la que actúa para investigar y ejercer la acción penal individual está garantizada ya que, aunque el Ministro de Justicia puede elaborar directrices en materia de política penal, estas no constituyen órdenes o instrucciones referidas a un

52 Publicada en el *Belgisch Staatsblad*, de 22 de diciembre de 2003, p. 60075.

asunto concreto (apartados 26 y 27). Por ello, la cualificación del Fiscal para emitir OEDEs, finalmente, no se pone en entredicho, ni se cuestiona.

Sin embargo, la argumentación esta sentencia sí que se centró, en si la decisión de emitir una OEDE por la Fiscalía belga con fines de cumplimiento de una condena debe poder ser objeto de un recurso jurisdiccional en el Estado miembro emisor, a la luz del apartado 75 de la sentencia de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y de Zwickau) (C-508/18 y C-82/19 PPU, EU:C:2019:456), colmando el doble nivel de protección del derecho a la tutela judicial efectiva de la persona reclamada (apartados 28, 29 y 30).

Como quiera que la OEDE emitida por la Fiscalía belga lo era para cumplimiento de una condena, habiendo quedado la presunción de inocencia de la persona reclamada desvirtuada y llevado a cabo el control jurisdiccional requerido para garantizar una tutela judicial efectiva con la propia firmeza de la sentencia, el TJUE considera que ello permite a la autoridad judicial de ejecución presumir que la decisión de emitir una OEDE para cumplimiento es el resultado de un procedimiento nacional en el que la persona condenada ha gozado de todas las garantías propias de la adopción de este tipo de resolución, en particular de las que emanan de los derechos fundamentales y de los principios jurídicos fundamentales contemplados en el artículo 1, apartado 3, de la DM OEDE, resultando su proporcionalidad de la propia condena impuesta, que debe consistir en una pena o en una medida de seguridad de duración no inferior a cuatro meses, como se establece en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584, (apartados 33 a 38).

Por ello, el TJUE, concluye que la DM OEDE debe interpretarse en el sentido que no se opone a que una legislación de un Estado miembro confiera la competencia para emitir una OEDE para la ejecución de una pena al Ministerio Público, como autoridad judicial que, si bien participa en la administración de justicia, no es un órgano jurisdiccional, aunque no se contemple la existencia de un recurso jurisdiccional independiente contra dicha decisión.

IV.- REACCIONES A LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TJUE: DOCUMENTO CONJUNTO EUROJUST/RJE “COMPILACIÓN DE RESPUESTAS Y CERTIFICADOS”.

Ante la expectación e incertidumbre generadas tras la publicación de las sentencias dictadas por el TJUE el 27 de mayo de 2019, en los asuntos acumulados *OG* (C-508/18) y *PI* (C-82/19 PPU) y en el asunto *PF* (C-509/18), a la vista del indudable impacto de dicha jurisprudencia entre los sistemas judiciales de los Estados miembros, -sobre todo en aquellos en los que el fiscal tiene competencias para emitir OEDEs, ya sea con fines de enjuiciamiento o de cumplimiento-⁵³, con el propósito de recabar la información relevante que pudiera servir de ayuda y orientación a las autoridades nacionales, Eurojust tomó la iniciativa de lanzar, desde su JCIT (liderado por la Magistrada española María Poza) y, a través de sus miembros nacionales, un documento en el que se pudiera recopilar toda la información necesaria sobre la estructura, organización y funcionamiento de las Fiscalías europeas.

A tal fin, se elaboró un cuestionario de preguntas, posteriormente difundido a sus autoridades nacionales. Ello permitió recopilar en poco tiempo, una relación de respuestas y certificados o declaraciones oficiales sobre el papel del Ministerio Público en la administración de justicia en cada Estado miembro. Dichas respuestas incluían, igualmente, información sobre las competencias de los Fiscales para emitir OEDEs y, en esos casos, la regulación de la autonomía funcional de la Fiscalía respecto del ejecutivo, a la vista de las exigencias del TJUE sobre su independencia funcional, como requisito de la adecuada imparcialidad del fiscal competente, a la hora de valorar la proporcionalidad y necesidad de la OEDE, en un caso concreto.

La Finalidad de dicha “compilación de respuestas y certificados”

53 De acuerdo con el *case topic* abierto previamente por la miembro nacional de Suecia en Eurojust, el número de Estados miembros en los que el Fiscal tiene competencia para emitir OEDEs para el ejercicio de acciones penales son un total de quince (AT, BG, DK, DE, EE, EL, FI, FR, HR, IT, LT, LV, NL, PT, SE) que podrán llegar hasta diecisiete (17) Estados miembros, si sumamos a Bélgica y Luxemburgo, donde el Fiscal puede emitir OEDEs para cumplimiento de condenas firmes. Esto nos deja con un grupo de once (11) Estados miembros, en los que los Fiscales no tienen competencias para emitir OEDEs (PL/HU/CZ/ES/SK/UK/RO/SI/CY/MT e IE), por lo que, en principio, no resultarían afectados por la jurisprudencia del TJUE. Entre ellos se encontraría España.

elaborado por Eurojust, era puramente práctica y operativa: proporcionar una visión de conjunto por cada país que facilitara una accesible y bien estructurada información adicional para el supuesto de que las autoridades judiciales de ejecución la solicitaran a Eurojust, en el marco de los procedimientos de consultas previstos en el artículo 15 (2) y (3) de la DM OEDE.

De ese modo, se elaboró un documento titulado *compilación de respuestas y certificados*, en el que los prácticos del Derecho pueden encontrar un resumen de la doctrina de dichas sentencias, así como las respuestas y documentos⁵⁴ recibidos de las autoridades nacionales, en una tabla recopilatoria por países, a modo de práctica foto-fija, de las cuestiones más relevantes, que han servido de ayuda en los múltiples procedimientos de revisión de OEDE que se han llevado a cabo, no solo en Alemania, también, en otros Estados miembros potencialmente afectados. En este segundo grupo, encontrábamos a Austria, Países Bajos, Suecia, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Estonia, ...en los que siendo el Fiscal autoridad emisora, pudiera cuestionarse por las partes, en un procedimiento de ejecución de OEDE, su condición de autoridad judicial aplicando la nueva doctrina. Si bien, en Alemania, se procedió a sustituir las OEDEs emitidas por los Fiscales por otras emitidas por jueces, en general, la información y declaraciones oficiales facilitadas, permitieron a las autoridades judiciales de ejecución, decidir a favor de la ejecución de las OEDEs emitidas en una situación de evidente incertidumbre, sobre los términos y el alcance de la nueva doctrina del TJUE.

El cuestionario remitido por Eurojust con las preguntas surgidas tras las sentencias del TJUE de 27 de mayo de 2019, se difundió finalmente entre todos los Estados miembros, y no solo entre aquellos Estados miembros en los que el Fiscal tiene competencia para emitir OEDEs, ya que, con independencia de que los fiscales tuvieran dicha competencia o no, su distribución permitiría explicar el papel del fiscal en todo el proceso de emisión de las OEDE y de control se su proporcionalidad, entendiendo que su posición dentro del sistema judicial y su autonomía funcional respecto del ejecutivo, podría ser igualmente de interés, con vistas a valorar cualquier riesgo de injerencia, no solo directa, también indirecta, del ejecutivo en esta

54 Declaraciones oficiales o certificados recopilados fueron emitidos por las Fiscalías Generales del Estado (SE, DK, ES, FI, HR, LV y NL) y los Ministerios de Justicia (BG, DE e IT)

concreta decisión de emitir una OEDE en un procedimiento penal principal⁵⁵.

Por otro lado, resultaba relevante recabar la información de todos los Ministerios de Justicia y Fiscalías Generales del Estado, teniendo en cuenta que, en las conclusiones del Abogado General y en las sentencias del TJUE, se cuestionaba y valoraba la idoneidad del Ministerio Público para ser autoridad judicial emisora, precisamente en base a su posible falta de independencia institucional. Ello hacía que, de facto, el fallo de las sentencias del TJUE, constituyera una especie de control o “certificado de calidad” institucional para las Fiscalías de los diferentes Estados miembros. Tanto es así, que esta jurisprudencia ha motivado reformas legales, incluso en Estados cuya legislación no había sido cuestionada directamente por el Tribunal, como es el caso de Países Bajos⁵⁶ y, más recientemente, Dinamarca.

El cuadro con las respuestas a dicho cuestionario e integrando los

55 Incluso en otro contexto como puede ser el previsto en el Artículo 8 (4) del Reglamento 2018/1727, de aplicación directa desde el pasado 12 de diciembre de 2019, en el que se prevé que los miembros nacionales de Eurojust (incluidos el de España, aunque para ello debería estar en situación administrativa de servicio activo como Fiscal de carrera de procedencia que es), son competentes para expedir o ejecutar cualquier solicitud de asistencia mutua o de reconocimiento mutuo y adoptar medidas de investigación y autorizar y coordinar entregas vigiladas en su Estado miembro, en situaciones de urgencia, si bien de conformidad con la legislación nacional. En cualquier caso, en estos supuestos de urgencia, los Miembros nacionales deberán informar cuanto antes a la autoridad competente (art. 8.4). Ello significa la modificación, no solo del régimen vigente en España previsto en el art. 10 de la ley 16/2015, de 7 de julio, que regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, también de otras leyes, como la ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo, a fin de reconocer al miembro nacional como autoridad de emisión (y de ejecución) de instrumentos de reconocimiento mutuo.

56 El Consejo de Fiscales Generales de Países Bajos informó en la comunicación de 15 de agosto de 2019 que su Parlamento había modificado su ley de entrega de personas a fin de atribuir la competencia de emitir las OEDEs a los Jueces de la Instrucción (*rechter commissaris*), revisando las pendientes de ejecución que hubieren sido emitidas por los fiscales. Las razones para esa reforma legal adelantada, sin duda las podemos encontrar en el informe de la cuarta ronda evaluaciones del Greco RC-IV (2015) 6E, publicado el 6 agosto 2015 referido a Países Bajos. En dicho informe se reflejaba como el Ministro de Seguridad y Justicia puede de impartir instrucciones en casos particulares al Consejo de Fiscales Generales, si bien estas instrucciones están siempre sujetas al control de otras autoridades, concretamente, al control de los tribunales, cuando se produce una instrucción de acusar y al control del Parlamento, cuando se imparte una instrucción de archivo o abstenerse de acusar.

Un ejemplo ilustrativo, lo podemos encontrar en el procesamiento de un parlamentario (Geert Wilders líder del PVV Partido de la Libertad) por delito de odio, en el que surgieron discrepancias entre los miembros del *Board of Prosecutor Generals* y el Ministro de Justicia e Interior sobre la decisión de procesarle. Ministro estaba a favor de su acusación y el Presidente del *Board* en contra. La decisión de no acusar fue tomada por la Fiscalía frente a la instrucción de acusar, pero esta decisión fue recurrida por las partes interesadas, de acuerdo con el art. 12 del Código Procesal Penal y el tribunal de Apelaciones, siguiendo el criterio del ministro, ordenó a la Fiscalía acusar al parlamentario neerlandés.

certificados y las resoluciones relevantes que se han ido dictando en los Estados miembros afectados, fue publicado como Documento LIMITE del Consejo núm. 10016/19. Como quiera que se trata de un documento vivo, en la reunión COPEN de 19 de junio de 2019, el Consejo dio a Eurojust el mandato de actualizar esta recopilación, encomendándole que lo hiciera en cooperación con la RJE, incluyéndose nuevos certificados, así como, la reforma legal aprobada por el Parlamento de Países Bajos el 13 de julio de 2019 atribuyendo la emisión de las OEDEs a los jueces de la Instrucción, e incluso resoluciones relevantes dictadas por tribunales de Alemania y Países Bajos. Dicha primera actualización fue publicada como documento LIMITE del Consejo 10016/19 REV 1. Con posterioridad, la Presidencia de la UE, en la reunión COPEN de 11 de diciembre de 2019, ha renovado el mandato dado a Eurojust y la RJE, por lo que, al tiempo de escribir este artículo, se emprendía una segunda actualización comprensiva de las novedades de las sentencias dictadas en octubre y diciembre, con el impacto de sus pronunciamientos sobre el concepto de autoridad judicial emisora (art. 6 (1) de la DM OEDE) y los requisitos de la tutela judicial efectiva, de acuerdo con la más reciente doctrina sobre el concepto de resolución judicial (art. 1 (1) de la DM OEDE), sobre todo en relación a las OEDEs emitidas con fines de enjuiciamiento.

V.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Nunca como hasta ahora se ha tenido conciencia de la repercusión, el impacto podríamos decir mejor aún, de las sentencias del TJUE en el derecho nacional. Como en otros procedimientos judiciales relevantes, la resolución de cuestiones prejudiciales provoca el desplazamiento en la aplicación de las normas nacionales e incluso su reforma, con base en el principio de primacía del Derecho de la Unión.⁵⁷

⁵⁷ Declarado en la sentencia del TJCE de 15 de junio de 1964, dictada en el asunto *Costa v. Enel*, (EU:C:1964:66) que establecía que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, que están obligados a respetarlo. Posteriormente, (sentencias del TJCE, de 9-3-78, en el asunto *Simmenthal*, C-106/77; o del TJUE, de 22.06.2010, asunto *Melki y Abdeli*, C-188/10 y en la sentencia de 05.10.2010, en el asunto *Elchinov* (C-189/10); el Tribunal de Luxemburgo desarrolló este principio por el que, si una norma nacional es contraria a una disposición o acto declarativo de derecho europeo, las autoridades de un Estado miembro, incluidos los órganos jurisdiccionales, deben aplicar la disposición europea. En estas condiciones, el derecho nacional no se anula ni se deroga, pero

Más allá de su función profiláctica y hermenéutica del Derecho de la Unión, la jurisprudencia del TJUE sirve de vehículo de transmisión de la doctrina del TEDH, inyectándola en el Derecho de la Unión, consolidando y reforzando la interpretación de los derechos reconocidos en la Carta. Por ello, la valoración de la doctrina contenida en la reciente jurisprudencia del TJUE, en relación al concepto de autoridad judicial de emisión del art. 6 (1) de la DM OEDE, es tremendamente relevante. Especialmente, por ser especialmente clarificadora. En efecto, el principal colofón sin duda, es que han quedado despejadas todas las dudas sobre la indiscutible condición del Fiscal como autoridad judicial en la UE. Tras una zigzagueante línea doctrinal -en la que llegó a despojar a los fiscales alemanes de su competencia como autoridades de emisión-, el TJUE ha acabado admitiendo, clara y ampliamente, que el Fiscal es autoridad judicial de emisión del instrumento de reconocimiento mutuo más relevante en el Derecho de la Unión.

Para llegar a dicha conclusión, el TJUE ha puesto el foco sobre la independencia funcional de las diferentes Fiscalías europeas, midiendo, caso por caso, si su marco legal constitucional y estatutario permite a sus miembros valorar, sin interferencias del ejecutivo y, por lo tanto, de manera imparcial, la necesidad y proporcionalidad en la emisión de la OEDE en una causa penal. Ello, como requisito y condición *si ne qua non* para que el Fiscal pueda ser considerado autoridad judicial de emisión de la OEDE en los mismos términos que los jueces y tribunales. Por lo tanto, el TJUE hace un ejercicio evaluador de la calidad institucional de cada Fiscalía, marcando los requisitos mínimos de independencia respecto del poder ejecutivo.

Finalmente, la independencia necesaria de la Fiscalía frente al ejecutivo, se compadece incluso con *modelos híbridos* de Fiscalía (casos de Bélgica, Francia o Suecia), siempre y cuando, de acuerdo con sus normas procesales y estatutarias, la imparcialidad del Fiscal en el ejercicio de sus funciones, como autoridad de emisión de la OEDE, quede preservada de cualquier

su carácter obligatorio queda suspendido y prevalece la aplicación de la norma europea. Más recientemente, la sentencia del TJUE, de 26 de febrero de 2013, en el asunto *Melloni* (C-399/11), haciéndose eco de su reiterada doctrina, el Tribunal, incluso, declaraba “*en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado*”. Esto significa que, en caso de contradicción entre norma nacional y comunitaria, la primera debe interpretarse de conformidad con la comunitaria, si ello fuera posible y, en caso contrario, se debe dejar inaplicada la normativa nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión en favor de la aplicación de la comunitaria. Por ello, LO 7/2015, de 21 de julio, reformó la LOPJ, introduciendo un nuevo artículo 4 bis que establece: “*Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”.

directriz del ejecutivo en un caso concreto. Con ello, el TJUE no exige a los Estados miembros un modelo fiscal totalmente independiente del ejecutivo (como puede ser el de Lituania), sino que es lo suficientemente flexible, como para admitir a Estados miembros, cuya Constitución establece un control democrático de la actividad de la Fiscalía, ya sea directamente, por el Parlamento, o, a través del Ministro de Justicia, (como en el caso de Francia, Bélgica y Países Bajos). Lo que excluye, en cualquier caso, la posibilidad de instrucciones individualizadas del ejecutivo, en los procedimientos e investigaciones en curso o en casos particulares.

Por tanto, la independencia del fiscal como autoridad judicial de emisión de una OEDE, no se cuestiona por el hecho de que fiscal este integrado en una estructura jerarquizada⁵⁸, tampoco por el hecho de que el Ministerio de Justicia emita instrucciones generales a la Fiscalía en materia de política criminal.

Por otro lado, en las sentencias dictadas por el TJUE en 2019, en relación a la atribución al fiscal de la condición de autoridad de emisión de la OEDE, no solo se vincula a la imparcialidad efectiva de esta competencia, como función judicial que es, también se establecen los requisitos para que la misma se compadezca con la tutela judicial efectiva⁵⁹. En efecto, cuando la emisión de una OEDE es competencia de un fiscal, la proporcionalidad de dicha decisión debe estar sometida a revisión judicial en condiciones que colme el derecho a la tutela judicial efectiva del reclamado.⁶⁰ La forma de garantizar este derecho varía en cada sistema legal nacional, desde

58 Para que dicha independencia se compadezca con la necesaria supervisión técnica y dependencia jerárquica propia de su funcionamiento interno, la “Declaración de Burdeos” del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) y del Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE) sobre “*Jueces y Fiscales en una sociedad democrática*”, de 8 de diciembre de 2009, en su apartado 9 establecía: “ En un Estado de Derecho, cuando el ministerio fiscal está jerarquizado, la eficacia de las investigaciones, en lo que respecta a la actuación de los fiscales, es indisoluble de la necesidad de que existan instrucciones transparentes emanadas de la autoridad jerárquica, así como de la obligación que ésta autoridad jerárquica tiene de rendir cuentas y de la responsabilidad profesional. Las instrucciones dirigidas a los fiscales deben hacerse por escrito, con pleno respeto a la ley, y llegado el caso, con observancia de las directivas y criterios de actuación previamente publicados. Toda revisión o supervisión, autorizada por la ley, de una decisión de proseguir con la acusación o de sobreseimiento adoptada por un fiscal, debe realizarse de modo imparcial y objetivo. En todo caso, deben tenerse en cuenta específicamente, los intereses de la víctima.”

59 Si bien en los asuntos acumulados C-566/19 PPU *JR* y C-629/19 PPU *YC*, (apartado 48) y en el asunto C-625/19 PPU *XD* (apartado 30), se deja bien claro que estos requisitos no son condición para la clasificación del fiscal como autoridad judicial de emisión, de acuerdo con el art. 6 (1) de la DM OEDE.

60 Asuntos acumulados C-508/18 *OG* y C-82/19 PPU *PI*, (apartado 75); asuntos acumulados C-566/19 PPU *JR* y C-629/19 PPU *YC*, (apartado 62).

la posibilidad de impugnar directamente la decisión del fiscal ante un tribunal⁶¹, a la revisión judicial inherente a la valoración que hace el tribunal que dicta el auto de prisión nacional subyacente a la OEDE, cuando tiene ocasión de considerar la proporcionalidad de la misma en las alegaciones de la vista inmediatamente anterior o coetánea a su decisión y, a través de, los recursos de anulación, una vez entregada la persona reclamada,⁶² o incluso a través del derecho a designar abogado en el Estado de emisión previsto en el art. 10 de la Directiva 2013/48/EU⁶³.

Pese a la incertidumbre generada en un principio, finalmente, las sentencias dictadas en el último semestre de 2019, han sido celebradas en las Fiscalías de Austria, Francia, Suecia y Bélgica, y otros Estados miembros con sistemas judiciales similares, igualmente pendientes de dichos pronunciamientos. Ello, no nos debería privar de una reflexión de mayor alcance sobre la independencia de la Fiscalía en los Estados miembros. En concreto, sobre la necesidad de un planteamiento de futuro del ELSJ más atrevido, que, aprovechando la estela de la Fiscalía Europea, aborde una armonización institucional de las Fiscalías nacionales, al menos en el establecimiento de unas normas, que tomando los criterios mínimos establecidos por el TJUE, permitan unificar, en lo posible, los

61 El 29 de octubre de 2019, el TJUE dictó otra relevante sentencia C-324/17, asunto Gavanazov, en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Penal Especial, Bulgaria, cuestionado la OEI emitida por la Fiscalía Búlgara en el proceso penal seguido contra el Sr. I. Gavanazov, acusado de dirigir una organización criminal y de haber cometido infracciones fiscales. En esta sentencia se decidió que la interpretación del art. 5 (1) en relación con el 14 (5) de la Directiva 2014/41/EU, sobre la orden europea de investigación, de manera conjunta con la Sección J del formulario de OEI, no exige que la autoridad judicial de emisión incluya información abstracta sobre los recursos existente en su sistema legal, sino que el art. 14 (5) de la Directiva tan solo dispone que las autoridades de emisión y de ejecución se informarán mutuamente sobre los recursos ya interpuestos contra la OEI emitida, caso de estar legalmente previstos. En el apartado 37 de la sentencia, además declara el TJUE expresamente que “no procede, en el presente asunto, interpretar el artículo 14 de dicha Directiva a fin de determinar si esa disposición se opone a una normativa nacional que no prevé ningún recuso que permita impugnar los motivos de fondo que motivaron la emisión de una orden europea de investigación que tiene por objeto la realización de un registro, la incautación de determinados objetos y la organización de un interrogatorio de un testigo.”. Por lo que, debemos concluir que no se opone a la tutela judicial efectiva el hecho de que el sistema legal del Estado de emisión no establezca recursos contra la OEI emitida por el Fiscal, sin perjuicio de la admisibilidad de la prueba recabada. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=19454&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7200027>

62 Asuntos acumulados C-566/19 PPU *JR* y C-629/19 PPU *YC*, (apartados 68-74, en relación a las normas de procedimiento de Francia que cumplen los requisitos de la tutela judicial efectiva); Asunto C-625/19 PPU *XD*, (apartados 48-52, en relación a las normas de procedimiento suecas que cumplen los requisitos de la tutela judicial efectiva).

63 Asuntos acumulados C-566/19 PPU *JR* y C-629/19 PPU *YC*, (apartado 73); Asunto C-625/19 PPU *XD*, (apartado 55).

parámetros de independencia del Ministerio Público, en su relación con los Ministerios de Justicia, de manera que, la mejora en la eficacia y rapidez de la administración de justicia, -que la Fiscalía representa-, se compadezca con el respeto de las garantías procesales de los ciudadanos.

La siempre compleja tarea de valorar la independencia de las Fiscalías de los Estados miembros, tal vez hubiese requerido de una evaluación previa más objetiva y sosegada a nivel de la UE, en la que se hubieran utilizado criterios y parámetros homogéneos, a fin de dotar al TJUE de referencias objetivas y estándares actualizadas a la hora de dictar este tipo de sentencias.

En cualquier caso, el TJUE ha marcado con claridad el camino a seguir. Y no solo respecto aquellos Estados donde el Fiscal tiene competencia para emitir OEDs, también en aquellos sistemas judiciales, que como el nuestro, el papel del Ministerio Público está todavía por definir.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

ALBI, Anneli, “The European Arrest Warrant, constitutional rights and the changing of legal thinking”, *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, editado por Maria Fletcher, Ester Herlin-Karnell y Claudio Matera, Editorial Reutledge Research, 2017.

AMBOS, Kai, “Sobre las Fiscalías alemanas como autoridad de emisión de la orden europea de detención y entrega. Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), en los asuntos acumulados C-5081/18 y C-82/19 PPU, y en el asunto C-509/18, de 27 de mayo de 2019”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 71, julio-agosto 2019.

DI FEDERICO, Giuseppe, “La independencia judicial en Italia”, www.irsig.bo.cnr.it.

GARCIA MORENO, José Miguel, “Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la orden europea de detención y entrega”, Artículo de la ponencia presentada en el curso sobre la orden europea de detención y entrega, celebrado en el CEJ, Madrid el 6 de abril de 2017.

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, “Los modelos europeos de independencia del Ministerio Público. Experiencia desde Eurojust.”, ponencia del 28 de septiembre de 2017 en la actividad formativa de la Unión Progresista de Fiscales: “Modelos de autonomía e independencia de los Fiscales en el Derecho comparado”, Código CEJ “2017/FC115FS”. Centro de Estudios Jurídicos, Madrid.

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, “Por un estatuto de magistrado común para jueces y fiscales”. *Diario La Ley*, Nº 7846, 2012.

MAIER, Julio, “El Ministerio Público: ¿Un adolescente?”, *El Ministerio Público en el proceso penal*, Junio 1993. AD-HOC S.R.L. Buenos Aires. R. Argentina.

MITSOLENGAS, Valsamis, *EU Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing, 2009.

PEERS, Steve, “Mutual Recognition and Criminal Law: Has the Council got it wrong?”, *Common Market Law Review*, Vol. 41, No. 5, 2004.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Euro-orden y causas de denegación de la entrega”, en C. Arangüena Fanego (coord.), *Cooperación Judicial Penal en la UE: la orden europea de detención y entrega*, Valladolid, 2005.

SAYERS, Debbie, “The European Investigation Order Travelling without a ‘roadmap’” *Centre for European Policy Studies (CEPS)*, colección ‘Liberty and Security in Europe’, 2011.

VAN AAKEN, Anne, “Do Independent Prosecutors deter Political Corruption? An Empirical Evaluation across 78 Countries”, *12 American Law and Economics Review* (2010), Issue 1, pp. 204-244 (con Stefan Voigt y Lars Feld).

VOIGT, Stefan y WULF, Alexander J., “What makes Prosecutors Independent?” *Journal of Institutional Economics*, May 2017.

WEIGEND, Thomas, “Prosecutor, a judge by another name?. Comparative perspectives on the Role of Public Prosecutors”, *The Prosecutor in Transnational Perspective* coordinado por Erik Luna y Marianne L. Wade, Universidad de Oxford. 2012.

LA PROBLEMÁTICA DE LOS ADR EN MATERIA DE CONSUMO Y VIVIENDA Y LA APLICACIÓN DE LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS

THE PROBLEM OF ADR IN THE FIELD OF CONSUMPTION AND HOUSING AND THE IMPLEMENTATION OF AUTOMATED DECISIONS

Vicente Pérez Daudí*

Catedrático de Derecho Procesal.

Universitat de Barcelona.

perezdaudi@ub.edu

SUMARIO: I.INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN INDIRECTA DE LA VIVIENDA A TRAVÉS DE LAS NORMAS EUROPEAS DE CONSUMO. III. EL FOMENTO DE LOS ADR Y ODR EN CONSUMO. IV. LOS MOTIVOS DEL FOMENTO DE LOS ADR y ODR EN MATERIA DE CONSUMO Y, DE MANERA INDIRECTA, DE VIVIENDA. V. LOS ADR y ODR COMO MECANISMOS DE ACCESO A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y COMO INSTRUMENTOS DE IGUALDAD ENTRE LAS PARTES. 5.1. LOS ADR COMO INSTRUMENTO DE LA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES. 5.2. LOS ADR COMO MEDIO DE ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. VI. LA INDEPENDENCIA DE LOS ORGANOS RESPONSABLES DE LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS DE CONSUMO.. VII. EL CARÁCTER OBLIGATORIO OPE LEGIS DE LOS ADR EN MATERIA DE VIVIENDA y CONSUMO. VIII. LA DECISIÓN AUTOMATIZADA DEL CONFLICTO A TRAVÉS DE UN ODR. IX. CONCLUSIONES. X. BIBLIOGRAFÍA.

* Este trabajo se realiza en el ámbito del Proyecto de Investigación PGC 2018-09620-B-C-21 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

RESUMEN.

En este trabajo se analiza la implementación de los ADR en materia de consumo y vivienda. En primer lugar, desarrollo los motivos por los que se fomentan los sistemas alternativos de resolución de conflictos desde la Unión Europea y en el ámbito estatal. A continuación, examino los ADR y ODR como mecanismo de acceso a la resolución de conflictos y como supuesto instrumento de igualdad de las partes, la independencia de los órganos responsables de la solución extrajudicial de los conflictos de consumo y su posible carácter obligatorio sin impedir el acceso a la jurisdicción ordinaria. Finalmente estudio la implementación de las TICs a la resolución extrajudicial del conflicto.

PALABRAS CLAVE. Vivienda, consumidor, resolución de conflictos, mediación, arbitraje, proceso judicial.

ABSTRACT

This paper analyzes the implementation of ADRs in housing and consumption. In order to do so, I start by explaining the existing reasons to promote alternative conflict resolution systems both within the European Union and statewide. Afterwards, I examine ADRs and ODRs as an access mechanism to conflict resolution and as an alleged instrument of equality of the parties, the independence of the bodies responsible for the out-of-court settlement of consumer conflicts and their possible mandatory nature without impeding the access to the ordinary jurisdiction. Finally, I study the implementation of ICTs in extrajudicial conflict resolution.

KEYWORDS. Housing, consumer, conflict resolution, mediation, arbitration, judicial process.

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los temas que históricamente ha preocupado a la Unión Europea ha sido el acceso de los consumidores a la Justicia. El 25 de junio de 1987 el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó una Resolución sobre el acceso de los consumidores a la Justicia² en la que constataba “los obstáculos que encuentran los consumidores que, mediante denuncias, solicitan reparación de los daños sufridos a raíz de la compra o del uso de productos defectuosos o como consecuencia de servicios insuficientes”. Por ello consideraba el derecho de los consumidores a que fueran reparados “mediante procedimientos rápidos, eficaces y poco onerosos”. Finalmente invitaba a la Comisión a proseguir en el estudio “sobre el cometido de dichas organizaciones (de consumidores), organismos o instituciones como intermediarios o como agentes directos del acceso de los consumidores a la justicia”.

El 16 de noviembre de 1993 la Comisión de las Comunidades Europeas aprobó el Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, en el que realiza una exposición de la situación de cada uno de los Estados miembros. Posteriormente el 15 de marzo de 1996 la Comisión remitió al Parlamento la Comunicación “Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la Justicia y la solución de litigios en línea en materia de consumo en el mercado interior”³. Al plantear el problema la Comisión afirma que un litigio medio en materia de consumo “se caracteriza por la desproporción entre el volumen económico del asunto y el coste de su solución judicial”. Tras analizar los problemas de estas reclamaciones, que identificaba en el coste del acceso a la justicia y la duración de los procesos judiciales, constataba la dificultad del consumidor de interponer una reclamación intracomunitaria de consumo. Por ello proponía promover procedimientos extrajudiciales y simplificar el acceso a los procedimientos judiciales. En este ámbito sugería

2 Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 25 de junio de 1987 sobre el acceso de los consumidores a la justicia (87/C 176/02), publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 4 de julio de 1987, número C 176/2.

3 El plan de acción fue aprobado el 14 de febrero de 1996, COM (96) 13 final.

mejorar el acceso a los procedimientos nacionales existentes y aprobar en el ámbito europeo un formulario simplificado europeo para los litigios intracomunitarios cuyo valor se sitúe por debajo de cierta cuantía, con el fin de facilitar el acceso a las jurisdicciones nacionales⁴. También indicaba otras medidas como regular las “class actions” o permitir la acumulación de asuntos conexos en el caso en que la acción de un mismo profesional haya causado un perjuicio a varios consumidores.

El Parlamento respondió mediante la Resolución de 14 de noviembre de 1996⁵. En el considerando C identifica como problemas de las reclamaciones del consumidor frente al profesional en el ámbito intracomunitario “la dificultad de incoar un procedimiento ante el juez del lugar de residencia del demandado, las dificultades inherentes a los documentos de prueba necesarios para la instrucción, las dificultades relativas a las notificaciones en el extranjero, la ejecución de la sentencia en un país que no sea el de juez que ha emitido la sentencia y todo lo relativo al procedimiento que se debe seguir, y que estas dificultades acaben disuadiendo al consumidor de hacer valer efectivamente sus derechos”.

Posteriormente la Comisión Europea aprobó la Comunicación sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo y la recomendación de la comisión a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo de 30 de marzo de 1998⁶.

He expuesto los trabajos iniciales de la Unión Europea para centrar la finalidad de la Unión Europea al promover los ADR como alternativa a las jurisdicciones estatales para la resolución de los conflictos de consumo. Posteriormente se han realizado otros que tuvieron finalmente como resultado la aprobación de la Directiva 2013/11/UE⁷

4 En esta línea de actuación se aprobó el Reglamento (CE) número 861/2007, del Parlamento y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

5 Resolución sobre la Comunicación de la Comisión “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” (COM (9690013)-C4-0195/96), de 14 de noviembre de 1996, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 2 de diciembre de 1996, número C362/275.

6 La Comunicación sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo y la recomendación de la comisión a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo de 30 de marzo de 1998 (COM 1998) 198 final.

7 Sobre los trabajos de la Unión Europea sobre los ADR en materia de consumo ver CATALAN CHAMORRO, *El acceso a la Justicia de los Consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y*

La finalidad de este trabajo no es analizar de forma sistemática ni la ley 7/2017 ni la Directiva 2013/11/UE, que ya he realizado en otros trabajos a los que me remitiré para evitar reiteraciones. Lo que pretendo es estudiar aspectos concretos que, en mi opinión, son relevantes para contribuir a la mayor eficacia de la resolución de los conflictos de consumo en materia de consumo y, de forma indirecta, de vivienda.

II. LA PROTECCIÓN INDIRECTA DE LA VIVIENDA A TRAVÉS DE LAS NORMAS EUROPEAS DE CONSUMO.

Cuando se analiza la evolución de la doctrina del TJUE en la protección del consumidor sorprende la vinculación existente entre la protección del consumidor y el derecho a la vivienda. La Unión Europea no lo ha regulado expresamente. Es significativo que ni tan siquiera está previsto expresamente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸. Sin embargo, el TJUE ha declarado en la Sentencia de 10 de octubre de 2014, asunto C-34/2013, caso Kusionova, que declara como obiter dicta que “el derecho a la vivienda es un derecho fundamental incluido en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (apdo. 65). De esta afirmación no se ha extraído ninguna consecuencia jurídica.

Lo que sí que se ha realizado desde el TJUE al interpretar el Derecho de la Unión ha sido proteger al titular de la vivienda en su calidad de consumidor en el contrato de préstamo hipotecario que ha firmado para poder acceder a la propiedad. Desde esta perspectiva se aplica la normativa de protección del consumidor de la Unión Europea para la protección del titular de la vivienda en su condición de consumidor, lo que ha provocado en España la transformación del proceso de ejecución de título no judicial y, en especial, del proceso de ejecución hipotecaria.

Con la protección indirecta del titular de la vivienda por su condición de consumidor, también se ha fomentado el uso de los ADR para resolver los conflictos que se planteen en relación con el contrato de préstamo hipotecario suscrito con un profesional.

ODR del Consumo, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 61 y ss.

8 En este sentido se pronuncia el auto del TJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-539/2014, caso Sánchez Morcillo.

III. EL FOMENTO DE LOS ADR Y ODR EN CONSUMO.

Desde la Unión Europea se intenta fomentar el uso de los ADR y ODR para resolver los litigios en materia de consumo. La Directiva 2013/11/UE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/C (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) tiene la finalidad de fomentar el uso de los ADR en materia de consumo. Ésta ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre⁹.

El considerando 4 de la Directiva 2013/11/UE indica que la finalidad de su aprobación es “la garantía de un acceso a vías sencillas, eficaces, rápidas y asequibles para resolver los litigios nacionales y transfronterizos derivados de contratos de compraventa o de prestación de servicios debe beneficiar a los consumidores y, por consiguiente, reforzar su confianza en el mercado. Desde la perspectiva procesal esta Ley”.

De manera similar la exposición de motivos de la Ley 7/2017 afirma que “las Leyes pueden reconocer al consumidor un amplio elenco de derechos, pero la eficiencia de un derecho protector de los consumidores se va a medir, no sólo por la perfección o equidad de sus normas, sino también por la existencia de cauces sencillos, rápidos y gratuitos o de escaso coste a través de los cuales se puedan hacer exigibles sus derechos cuando estos no hayan sido respetados adecuadamente”.

La Ley 7/2017 no contiene ninguna norma procesal, salvo la derogación del artículo 2.2.d de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que excluía la aplicación de esta Ley a la mediación en materia de consumo. El cambio de criterio legislativo no se justifica en la exposición de motivos, pero entiendo que lo que pretende el legislador es aprovechar la regulación ya existente de la mediación y no crear una ex novo y diferenciada. Si es así me parece razonable porque se evita duplicar

⁹ Ver el análisis que efectúo de la misma en “La mediación de consumo y el proceso”, en *Revista General de Derecho Procesal*, número 48, 2019.

regulaciones.

Sin embargo, la remisión a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁰ no está exenta de dificultades. En mi opinión la regulación de los ADR y ODR debe incluir al menos:

La relación con el proceso judicial.

La relación con las medidas cautelares y las actividades previas al inicio del proceso judicial.

Los efectos inter partes y los mecanismos para que el acuerdo sea eficaz.

La impugnación del acuerdo alcanzado.

En su momento ya analicé la Ley de Mediación, poniendo de relieve las deficiencias procesales en que incurría¹¹. Es indudable que ésta supone un avance respecto de lo que se preveía antes, que era la regulación de la conciliación y del arbitraje, pero no de otros mecanismos de ADR como la mediación. Desde una perspectiva positiva la Ley de Mediación regula:

-La relación entre la mediación previa al inicio del proceso y las actividades previas al inicio del proceso que tienen carácter urgente, como las medidas cautelares.

-La mediación intrajudicial, aunque otra cuestión es si el momento más adecuado para derivar un proceso a mediación es al inicio de la audiencia previa o debería serlo en un momento anterior.

-La eficacia del acuerdo de mediación y su ejecución. Sin embargo, es criticable que se asimile a un título judicial lo que no es más que un acuerdo de partes.

Desde una perspectiva negativa indicaba que:

-No se regulaba la acción de anulación del acuerdo alcanzado, con la

10 En adelante Ley de Mediación.

11 Ver el estudio que realicé en “La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil”, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 283, 2012, pp. 231 y ss.

problemática que se podía generar si de forma simultánea o durante la pendency de ésta se solicita la ejecución de éste, ni la impugnación del acuerdo alcanzado.

-Es incorrecto utilizar la declinatoria para denunciar el no haber acudido a un ADR preceptivo antes del inicio de un proceso judicial.

-La no previsión de los mecanismos de ADR durante el proceso de ejecución.

-Desde la perspectiva del consumidor no se ha introducido ningún mecanismo que asegure la aplicación de las normas imperativas.

La Ley 7/2017 se limita a realizar una reforma técnica del artículo 63.1 LEC y derogar el artículo 2.5 de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles para eliminar la exclusión de los procesos de consumo. Es decir, las deficiencias de la regulación existentes siguen existiendo. Aunque también es cierto que su incidencia práctica ha sido escasa debido a la autonomía de la voluntad de las partes y la escasa utilización de la mediación intrajudicial que se ha realizado.

En este contexto una iniciativa legislativa de gran importancia en esta materia fue la aprobación del Anteproyecto de la ley de Fomento de la Mediación por el Consejo de Ministros de 11 de enero de 2019, que no inició su tramitación parlamentaria al convocarse elecciones generales. Una de las principales novedades era la introducción de la obligatoriedad mitigada en determinadas materias, entre las que se incluían los conflictos que afectaban a derechos reales. En este contexto en Catalunya se aprobó la reforma del artículo 132.2. del Código de Consumo de Catalunya por la ley 20/2014, del Parlament de Catalunya, que imponía una mediación obligatoria antes de iniciar un proceso que tuviera como objeto un préstamo hipotecario. Este precepto fue declarado inconstitucional por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 54/2018, de 24 de mayo. Lo relevante de esta sentencia es que no declara la inconstitucionalidad por considerar que imponer el intento de mediación previo al proceso sea contrario al derecho a la tutela judicial efectiva¹², sino que lo fundamenta en

12 El Tribunal Constitucional se pronunció en el auto 72/2016, de 12 de abril, sobre el mantenimiento de la suspensión del artículo 132-4 del Código de Consumo de Catalunya, que regulaba la mediación preceptiva al inicio de un proceso que tenga por objeto una reclamación relacionada con créditos y préstamos hipotecarios. En este decidió alzarla al considerar que no concurría

que es contrario al orden constitucional de distribución de competencias, “al invadir la competencia estatal en materia de legislación procesal” (Fundamento Jurídico 7).

IV. LOS MOTIVOS DEL FOMENTO DE LOS ADR Y ODR EN MATERIA DE CONSUMO Y, DE MANERA INDIRECTA, DE VIVIENDA.

Una de las cuestiones que me planteo son las razones por las que el legislador de la Unión Europea ha creído necesario aprobar una normativa de fomento de los ADR y no reforzar el proceso judicial como mecanismo general de resolución de conflictos¹³.

El motivo fundamental es la creencia de que el poder judicial no es eficiente¹⁴. Así se explica que desde la Unión Europea se haya potenciado los ADR como “respuesta a las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países. Estas dificultades se explican por el hecho de que los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos inherentes a dichos procedimientos tienden a aumentar”¹⁵. Esto provoca una huida del poder judicial que se concreta, además, en los siguientes argumentos¹⁶:

ningún presupuesto en su eficacia ni que “la dilación en el acceso a la jurisdicción que pueda implicar el plazo de tres meses frente a una posibilidad de más pronta solución del conflicto por vía extrajudicial constituye elementos que justifiquen el mantenimiento de la suspensión”.

13 Recientemente PILLADO GONZÁLEZ analiza el régimen jurídico de la mediación de consumo y enumera como inconvenientes el proceso judicial la desproporción que suele existir entre el valor económico de la reclamación y el elevado coste del proceso, la excesiva duración del proceso judicial, la complejidad técnica y la desigualdad real existente entre las partes del conflicto (en “Régimen jurídico de la mediación 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”, en *Revista General de Derecho Procesal* 2019, número 48, p. 2.

14 BARRAL VIÑALS distingue entre obstáculos objetivos y subjetivos. Los primeros los identifica con las limitaciones impuestas por el sistema legal para la resolución de conflictos, entre los que enumera los costes de los litigios y que los procedimientos son largos y formales. Entre los segundos incluye la actitud psicológica frente al conflicto, el temor reverencial a los tribunales, la incomodidad ante un proceso excesivamente formal y el desconocimiento de los derechos que ampara al justiciable (en “Tecnología y conflictos en la era de internet: la utilidad de las on line dispute resolution”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2016, número 1, p. 49).

15 Apdo. 5 del Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, COM (2002), 196, 19 de abril de 2002.

16 BARONA VILAR analiza las razones por las que los ADR surgen en Estados Unidos enumerando

-Desde el punto de vista del proceso judicial se pretende potenciar los ADR para que se interpongan menos procesos judiciales¹⁷ y así dotar de mayor efectividad a los recursos humanos y económicos que ya existen¹⁸. Desde esta perspectiva es habitual relacionar la difusión de los ADR con la crisis de la jurisdicción estatal y se relaciona el tiempo de duración de uno y otro¹⁹.

-Desde un enfoque económico se afirma que el proceso judicial es caro.

-Por última se justifica en preservar la relación futura entre las partes²⁰.

El primer argumento ha quedado desvirtuado por la realidad. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la duración media de los procesos judiciales fue nulo. Según los datos de la

el colapso de los órganos jurisdiccionales civiles y penales, el sentimiento de que faltaban mecanismos privados para la resolución de controversias en los conflictos jurídicos entre particulares y la incapacidad intrínseca del sistema para asegurar a todos el acceso a la justicia". Vincula su desarrollo al 24 de octubre de 1929, el jueves negro en el que estalló la mayor crisis mundial conocida hasta ese momento (en "La incorporación de la Mediación en el nuevo modelo de Justicia", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montes Penadés*, tomo I, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 232 y 233).

17 El Informe sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026 (INI)), Comisión de Asuntos Jurídicos, de 15 de julio de 2011, afirma en su conclusión 10, al analizar el impacto de la regulación italiana que "*la mediación obligatoria parece alcanzar el objetivo de descongestionar los tribunales; no obstante, subraya que la mediación debe promocionarse como una alternativa viable, económica y rápida de justicia, no como un aspecto obligatorio del procedimiento judicial*".

18 Resulta significativo que las disposiciones adicionales 1 y 2 prevean la creación de un ADR en materia de transporte aéreo y de servicios financieros, teniendo en el primer caso carácter obligatorio y vinculante para las compañías aéreas y en el segundo quedando indeterminado legalmente. Los datos estadísticos nos dicen que durante el año 2018 se repartieron 12.378 demandas relacionadas con el transporte aéreo en los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona y 16.570 demandas interpuestas por personas físicas en el ámbito de las actividades financieras. De forma global las demandas presentadas en el año 2018 fueron 21.103 ante los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona y 78.622 ante los Juzgados de Primera Instancia. Fuente Memoria del Juez Decano de Barcelona, año 2018, disponible en www.poderjudicial.es.

19 SIRENA afirma que "la difusión de los sistemas de ADR, en la sociedad contemporánea, al menos en Europa, es hoy debida a la crisis de la jurisdicción estatal y a la desesperada necesidad de encontrar una solución a los defectos de la justicia civil ordinaria, los cuales son la irrazonable duración de los procesos, del formalismo exagerado del procedimiento, de los costes excesivos a cargo de las partes..." (en *Il sistema di ADR nel settore bancario e finanziario*, en *La nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, número 9/2018, p. 1372).

20 Los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia reclamaron en la reunión anual celebrada en el 2009 que se potenciase la mediación en las separaciones y divorcios contenciosos, en los procedimientos sucesorios, en consumidores, en tráfico y relaciones de vecindad, incluidos los procedimientos relativos a propiedad horizontal.

justicia dato a dato de 2018 la evolución de los asuntos ingresados en la jurisdicción civil ha sido la siguiente:

Como se puede comprobar la entrada en vigor de la Ley de mediación²¹ en asuntos civiles y mercantiles no ha tenido consecuencia en el número de asuntos ingresados en la Jurisdicción Civil. Si atendemos a los asuntos resueltos por la Jurisdicción Civil la conclusión es la misma.

Según la Estadística que facilita el CGPJ durante el año 2018 se derivaron 1.289 asuntos en los Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de los que finalizaron con avenencia 148, y 4.937 en procesos de familia, de los que finalizaron con avenencia 537²². Si atendemos a estos datos el impacto de la aprobación de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil, ha sido nula. Sin embargo, en el ámbito de la ejecución hipotecaria en Catalunya, donde la mediación previa fue preceptiva tal como expongo en el siguiente apartado, el ADR tuvo bastante éxito. Así durante el año 2015 Ofideute llegó a acuerdos que representaban el 5,43% de los procesos de ejecución hipotecaria iniciados²³.

De forma global puedo concluir que esta no debería ser una referencia para primar la mediación como mecanismo de resolución de conflictos. Y ello no significa que no crea que tiene que potenciarse en determinados ámbitos civiles y mercantiles, tal como expondré.

El segundo argumento es el coste del mantenimiento del poder judicial, al que hay que añadir el de las partes que acuden a un proceso judicial. Para comprobar si es cierto o no hay que acudir a los datos económicos.

El cálculo del coste estatal es muy complicado de realizar con los datos estadísticos que facilita el Consejo General del Poder Judicial. En el año

21 La disposición final décima de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles preveía la entrada en vigor a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, habiéndose publicado en el BOE número 162, de 7 de julio de 2012, entró en vigor el 27 de julio de 2012.

22 Datos estadísticos sobre Mediación Intrajudicial años 2009-2018, disponibles en www.poderjudicial.es.

23 Ver el análisis que efectué en “La mediación en el proceso de ejecución hipotecaria”, en *Justicia*, 2017, número 1, pp. 262 y ss.

2003 PASTOR PRIETO, afirmaba que el coste por sentencia en el año 2000 se situaría entre 100.000 y 120.000 pesetas en primera instancia y entre 150.000 y 180.000 pesetas en apelación, calculando la sentencia del Tribunal Supremo en el doble²⁴. AYUSO y GUILLÉN afirman que en Catalunya en el año 2009 el gasto por asunto resuelto por sentencia era de 910,74 €, por auto 219,21 y el gasto por asunto resuelto 342,30 €²⁵. SANTOS PASTOR calculaba el coste por asunto resuelto en el año 2012 en 440 €, incluyendo en el cálculo el presupuesto de Tribunales, Fiscalía, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Justicia Gratuita; si se aplicaba a sentencias el Coste era de 2.410 €²⁶. MARTIN DIZ afirma que el coste medio de una primera instancia en el orden jurisdiccional civil ascendería a unos 8.500 €²⁷. HERRERA DE LAS HERAS establece el coste medio de un proceso judicial en España en 8.015 €²⁸.

Según La justicia dato a dato de 2018, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, el Presupuesto del Poder Judicial (sumando los presupuestos del Ministerio de Justicia, Comunidades Autónomas con competencia en justicia y el poder judicial) fue de 4.057.015.422 €. Se tramitaron durante el año 2018 12.001.964 procesos (incluyo los declarativos y ejecutivos resueltos en 2018 y en trámite al final del año). Se resolvieron 5.781.677 declarativos y 1.238.147 procesos de ejecución. Partiendo de los números anteriores tomaré como referencia los asuntos resueltos. El coste por proceso resuelto es de 577,93 €.

El coste de las partes en el proceso judicial no es uniforme ya que al ser la abogacía una profesión liberal no hay unos criterios reglados.

24 PASTOR PRIETO, "Dilación, eficiencia y Costes. Foro sobre la reforma y gestión de la Justicia", *Fundación BBVA*, 2003, p. 98.

25 AYUSO y GUILLÉN, en "La mediación dentro de la pirámide de litigiosidad en Cataluña: análisis de costes", en *El libro blanco de la mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011, p. 915, tabla 10. En la tabla 11 realiza un cálculo de la malla de porcentaje del presupuesto liberado por la reducción de los asuntos resuelto en la justicia ordinaria, tomando como referencia los autos (tabla 11) y las sentencias (tabla 12).

26 SANTOS PASTOR, en *Análisis de la Justicia y Reforma Judicial*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 338 (al ser una obra póstuma este capítulo fue revisado y completado por Jesús Robledo Monasterio).

27 MARTIN DIZ, en "Mediación en la Administración de Justicia: balance actual y perspectivas de futuro", en *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo*, edit. Andavira, A Coruña, 2017, p. 71.

28 HERRERA DE LAS HERAS, en "La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles", en *Indret*, 1/2017, enero 2017, p. 11 de la versión digital.

Una referencia pueden ser los honorarios aprobados por los Colegios de Abogados para cuantificarlos cuando se les solicita un dictamen pericial en la impugnación por excesivos de la tasación de costas (art. 246.1 LEC) y aun así son muy dispares.

A modo de ejemplo, si aplicamos los criterios del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona aprobados el 21 de diciembre de 2009 los honorarios de un abogado por la tramitación en primera instancia de un procedimiento ordinario de cuantía indeterminada son de 5.800 € más IVA. El mismo procedimiento aplicando los criterios del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid los honorarios serían de 3.520 € más IVA (la diferencia viene determinada porque mientras el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona cuantifica un procedimiento de cuantía indeterminada en 30.000 €, el de Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid lo hace en 18.000 €, si tomamos esta cuantía en Barcelona los honorarios serían de 3.900 € más IVA). Sin embargo, en Valencia, aplicando los criterios del Ilustre colegio de Valencia, los honorarios serían de 1.800 € más IVA.

Desde la perspectiva de la relación entre las partes se comete el error de considerar que en un proceso subyace un litigio, pero en realidad un conflicto entre partes puede derivar en una multitud de procesos. Al margen del factor económico, desde un punto de vista psicológico para las partes implica un enfrentamiento. Lo que provoca que ante cualquier discrepancia se inicie un proceso judicial. Por ello, es conveniente que cuando entre ellas vaya a existir una relación posterior se fomente la posibilidad de resolverlo a través de un ADR²⁹.

En el ámbito de consumo hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones la única forma que tiene el consumidor de presentar la reclamación es a través de un ADR ya que el proceso judicial no sale rentable por el coste económico del mismo. Es en este contexto en el que se debe entender los motivos por los que la Unión Europea ha pretendido potenciarlos. Una variable que hay que tener en cuenta para valorarlo es la cuantía de la reclamación, ya que la afirmación que he realizado será válida en pequeñas reclamaciones, pero no en aquellas donde los posibles beneficios a obtener compensen el riesgo económico de un proceso judicial.

29 En este sentido se pronuncia la conclusión 14 del Informe sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026 (INI)), Comisión de Asuntos Jurídicos, de 15 de julio de 2011.

Por ello puedo concluir que el único argumento válido para justificar la promoción del proceso judicial es el mantenimiento de la relación entre las partes. Tal como está configurado el proceso judicial es muy difícil que dos partes enfrentadas posteriormente mantengan su relación. Además, un solo conflicto puede generar múltiples procesos judiciales. La utilización de los ADR sirve para que alcance una solución consensuada y recomponer posteriormente sus relaciones.

Además, debe valorarse que en el ámbito de consumo el coste del proceso también es un factor importante. Sin embargo, hay que distinguir las pequeñas reclamaciones con las que ya justifican la inversión en el inicio de un proceso judicial. Otro elemento a tener en cuenta son las posibilidades de llegar a un acuerdo que elimine la incertidumbre de un proceso judicial.

V. LOS ADR Y ODR COMO MECANISMOS DE ACCESO A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y COMO INSTRUMENTOS DE IGUALDAD ENTRE LAS PARTES.

5.1 LOS ADR COMO INSTRUMENTO DE LA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES.

En muchas ocasiones, cuando se habla de los ADR y ODR³⁰ como métodos complementarios al proceso jurisdiccional se indica que es un mecanismo para compensar la desigualdad de las partes. Así los votos particulares de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero, afirman que la imposición de un arbitraje compensa la desigualdad existente entre la entidad aseguradora y el consumidor en el seguro de defensa jurídica.

Esta afirmación realizada de forma genérica es muy discutible. En mi opinión no se puede afirmar que un ADR, por el sólo hecho de articularse como obligatorio y vinculante, beneficie a la parte más débil del contrato³¹.

30 Tal como indica VALLESPIN PÉREZ las ADR coexisten con las llamadas ODR, “terminología con la que se alude a los sistemas de resolución de conflictos que operan en un entorno tecnológico” (en *Litigios sobre consumidores: especialidades procesales y acciones colectivas*, edit. Bosch, Barcelona, 2018., p. 44).

31 La instauración de la mediación o un ADR vinculante para contrarrestar la desigualdad material de las partes, como por ejemplo el consumidor, tampoco sería la solución. Tal como advierte OTEIZA “en la tensión de fuerzas que supone el conflicto la parte más débil encontrará una menor protección ante sistemas de solución distintos al judicial en los cuales sus desventajas

Puede ser un argumento válido en aquellas reclamaciones de ínfima cuantía, en las que el consumidor no reclama debido al coste del proceso, pero no en aquellas de mayor cuantía económica³².

Además, en los ADR no se ha articulado ningún mecanismo de protección al consumidor similar al de los órganos jurisdiccionales dotando a los terceros de mayores facultades de dirección del proceso para compensar la desigualdad real de las partes³³. Así es significativo que tanto el Parlamento Europeo³⁴ como la Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ)³⁵ adviertan que deben establecerse garantías para la protección de la parte más débil.

Es decir, los ADR y ODR no compensan la desigualdad de las partes cuando uno de ellos es un consumidor. Además, a través de ellos no se garantiza la aplicación de las normas imperativas que lo protegen. Una

no pueden ser compensadas adecuadamente” (en “Punto de Vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”, en *Revista iberoamericana de Derecho Procesal*, año V, 2005, número 8, p. 11 de la versión digital). En el mismo sentido se pronuncia GIANINI, en “La desigualdad material de las partes es destacada en general como debilidad de todo mecanismo alternativo de resolución de conflictos”, en *La Ley*, Argentina, tomo 2014-A, año LXXVIII número 25, nota 28; y en *La mediación en Argentina*, edit. Rubitzal-Luzconi, Buenos Aires, 2015, p. 161.

32 Sobre el acceso a la justicia y el coste del proceso ver RAMOS MÉNDEZ, “El umbral económico de la litigiosidad”, en *Elogio de la Nada Procesal*, edit. Atelier, Barcelona, 2017, pp. 297 y ss.). En el mismo sentido ARMENTA DEU (en “Deriva de la justicia: una reflexión abierta”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 66-67, pp. 18 y ss.) y HERRERO PEREZAGUA (en “La incertidumbre del proceso civil”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 42, 2017, p. 7 de la versión digital).

33 En este sentido ORDEÑANA GEZURAGA afirma que “solo se puede impartir justicia con control judicial, quedando en manos de éste la protección del valor social justicia, aunque sea sin su intervención o actuación directa” (en “¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2018-3, volumen 30, p. 22 de la versión digital).

34 En el informe del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Directiva sobre la mediación, 2016/2066(INI), de 27 de junio de 2017, el ponente sostiene que “deben establecerse garantías adecuadas en los procedimientos de mediación a fin de limitar el riesgo de que las partes más débiles, como los consumidores y las partes no representadas, se vean privadas de su derecho a una resolución judicial independiente o tengan la percepción de que así sea. En este sentido, es de suma importancia que aquellos que recomienden, requieran o faciliten servicios de mediación velen por que las partes más débiles no resuelvan un litigio sin haber tomado conocimiento de los derechos que las asisten por Ley y por que las partes más fuertes no empleen procedimientos rápidos de resolución de litigios, como la mediación, para eludir sus obligaciones legales o adquirir una ventaja jurídica en detrimento de otras partes”.

35 Informe de la RECJ 2016-2017, Resolución alternativa de litigios en el ámbito judicial, aprobado por la Asamblea General en París, el 9 de junio de 2017.

cuestión distinta es que en aquellas reclamaciones económicas que no tengan una entidad económica suficiente para reclamarlas judicialmente el ADR será la única forma en que el consumidor afectado pueda reclamar el perjuicio sufrido.

5.2 LOS ADR COMO MEDIO DE ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Recientemente un sector doctrinal ha defendido la integración de los ADR y ODR en el derecho a la tutela judicial efectiva. Recientemente un sector doctrinal ha defendido la integración de los ADR y ODR en el derecho a la tutela judicial efectiva.

BARONA VILAR, que ya previamente había apuntado la integración de los ADR en el derecho a la tutela judicial efectiva, analiza los ADR como sistema complementario de la Administración de Justicia y no como alternativa³⁶. Así afirma que la integración del modelo “the multi-rooms Justice System”³⁷ en el sistema judicial implica integrar los ADR en el concepto de acceso a la Justicia³⁸.

ESPLUGUES los analiza desde la perspectiva de la Unión Europea y afirma que uno de los objetivos es “ofrecer a los ciudadanos un mecanismo efectivo de acceso a la justicia”. Por ello defiende que los mecanismos de ADR deben generalizarse en la realidad jurídica europea y debe conducir a una “reformulación del principio de acceso a la justicia recogido en los artículos 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. El principio pasaría ahora a ser entendido en un sentido amplio, esto es, incorporando una referencia al acceso de los ciudadanos, tanto a los tribunales estatales como a los medios de ADR”³⁹.

36 BARONA VILAR, “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice, Luces y sombras en Europa”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, octubre 2014.

37 Sobre el origen del sistema multipuertas ver SOLETO MUÑOZ, en “El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, edit. Tecnos, Madrid, 2017, pp. 37 y ss..

38 BARONA VILAR, “Integración...”, cit., p. 6.

39 ESPLUGES, “Hacia na nueva noción de acceso a la justicia en la Unión Europea a través del fomento del recurso a los mecanismos de ADR: la Directiva 2008/52/CE y su trasposición en los diversos Estados miembro”, en *Liber Amicorum Profa. Alegria Borrás Rodríguez*, Barcelona, 2013, p. 6 de la versión digital.

ORDEÑANA GEZURAGA propone una reforma del artículo 24 de la Constitución en el que se reconozca la facultad de utilizar los mecanismos extrajudiciales⁴⁰. En esta misma línea MARTIN DIZ propone superar el actual derecho a la tutela judicial efectiva transformándolo en un derecho a la justicia⁴¹.

El derecho procesal se halla en continua evolución. El proceso judicial es un método imperfecto de resolución de conflictos, pero es el más eficaz que hemos desarrollado. Con los ADR y ODR se integra a las partes en la solución del conflicto y no sólo en el planteamiento. Además, es el mecanismo que se está impulsando en materia de consumo como el más adecuado para resolverlos de una manera eficaz y en condiciones de igualdad para todos los Estados de la Unión Europea. Esta circunstancia nos obliga a analizar de nuevo el derecho a la tutela judicial efectiva para integrar los ADR y ODR en ellos y de esta forma permitir el acceso a la Justicia de aquellos conflictos que quedan al margen de la justicia estatal por su coste o complejidad. Para ello deben realizarse las matizaciones necesarias para lograr que sean eficaces y que respeten y apliquen las normas de orden público que ha dictado la Unión Europea o los legisladores estatales para defender al consumidor en general y especialmente en el derecho a la vivienda en especial, con la intención de lograr la igualdad entre partes potencialmente desiguales.

Una de las reformas necesarias como consecuencia de lo expuesto es reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las partes que acudan a un ADR y ODR y no sólo a un proceso judicial cuando la postulación procesal sea preceptiva. Actualmente no está previsto, pero el Anteproyecto de Ley de fomento de la mediación ya lo regulaba⁴².

La integración de los ADR en el sistema de acceso a la Justicia y, en general, en el derecho a la tutela judicial efectiva está lejos de conseguirse

40 ORDEÑANA GERUZAGA, en “¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate”, cit., pp. 523 y ss.

41 MARTIN DIZ, en “El derecho fundamental a la justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista de Derecho Político*, número 106, septiembre-diciembre 2019, pp. 13 y ss., en especial p. 30.

42 Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de enero de 2019, que no se tramitó como proyecto de ley por la disolución de las Cortes Generales debido a la convocatoria de las elecciones generales celebradas el 28 de abril de 2019.

en España. Creo que es conveniente articular un sistema complementario a la jurisdicción estatal para permitir que aquellos conflictos en el cuál el proceso judicial no sea el más adecuado para resolverlos tenga otro mecanismo complementario, al que incluso pueda acudir para el resto de los asuntos. Éstos serían los de escasa cuantía y para aquéllos en los que es fundamental el mantenimiento de la relación personal entre las partes. Tal como afirma BARONA VILAR “sólo será posible considerar que existe cultura ADR cuando se la presente, se la vea, se la crea, se la emplee como cauce de acceso a la Justicia, quizás más cortos, quizás más sencillos, quizás menos técnicos, quizás menos costosos, quizás hasta vinculados a los tribunales de justicia y a los procesos judiciales, pero en todo caso tutela efectiva”⁴³.

VI. LA INDEPENDENCIA DE LOS ORGANOS RESPONSABLES DE LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS DE CONSUMO.

La comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo y la recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo de 30 de marzo de 1998 ya incidía en la necesidad de que el órgano extrajudicial que debiera decidir un ADR en materia de consumo fuese imparcial y que debía garantizarse su independencia.

El primero de los principios que enumera es el de independencia. En los considerandos afirma que *“la imparcialidad de la persona responsable sólo puede garantizarse si ésta demuestra independencia y posee las cualificaciones necesarias y actúa en un entorno que le permita decidir de una manera autónoma”*. Si la decisión se toma de forma colegial indica que *“la participación paritaria de los representantes de los consumidores y de los profesionales es un medio adecuado para garantizar esta independencia”*⁴⁴.

43 BARONA VILAR, “Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI”, en La Ley Mediación y Arbitraje, número 1, abril 2020, p. 6 de la versión electrónica.

44 En el primer principio sobre la independencia afirma textualmente: “La independencia del órgano responsable de la toma de la decisión estará asegurada, de forma

El principio de independencia también es fundamental para la Unión Europea en la Directiva 13/11/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) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo). En ésta la independencia se considera fundamental para ganar la confianza de los ciudadanos en los mecanismos de resolución alternativa de litigios. Por ello el artículo 6 exige que las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios sean independientes e imparciales⁴⁵. Cuando estas personas reciban su retribución o sean empleadas por una organización profesional las garantías de la independencia e imparcialidad se incrementan⁴⁶.

que se garantice la imparcialidad de su acción.

Cuando la decisión se adopte de forma individual, esta independencia estará garantizada por las siguientes medidas:

- la persona designada tendrá la capacidad, la experiencia y la competencia, en particular en materia jurídica, necesarias para la función;
- la duración del mandato de la persona designada deberá ser suficiente para garantizar la independencia de su acción, sin que ésta pueda ser destituida sin motivo justificado;
- cuando la persona designada sea nombrada o remunerada por una asociación profesional o por una empresa, no deberá haber trabajado para dicha asociación profesional, ni para uno de sus miembros, ni para la empresa en cuestión, durante los tres años anteriores a su entrada en funciones.

Cuando la decisión se adopte de forma colegial, la independencia del órgano responsable de ella puede garantizarse mediante la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales o por el respeto de los criterios antes enunciados”.

45 Para ello exige que dichas personas “a) 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; b) sean nombradas para un mandato de duración suficiente para garantizar la independencia de sus actos y no puedan ser relevadas de sus tareas sin causa justificada; c) no reciban instrucciones de ninguna de las partes ni de sus representantes; d) reciban su retribución de un modo que no guarde relación con el resultado del procedimiento; e) revelen sin dilación indebida a la entidad de resolución alternativa, en su caso, las circunstancias que puedan afectar —o pueda considerarse que afectan— a su independencia o imparcialidad o dan lugar a un conflicto de intereses con cualquiera de las partes en el litigio que deban resolver. La obligación de revelar tales circunstancias seguirá existiendo a lo largo de todo el procedimiento de resolución alternativa. No se aplicará en caso de que la entidad de resolución alternativa esté compuesta por una sola persona física”.

46 Este precepto exige el cumplimiento de los siguientes requisitos específicos: “a) que las personas físicas encargadas de la resolución de litigios sean nombradas por un órgano colegiado compuesto por igual número de representantes de las organizaciones de consumidores y de representantes del comerciante, o formen parte de dicho órgano, y su designación se haga por un procedimiento transparente; b) que las personas físicas encargadas de la resolución de litigios dispongan de un mandato mínimo de tres años para garantizar la independencia de sus actos; c) que las personas físicas encargadas de la resolución de litigios se comprometan a no trabajar para el comerciante ni para una organización profesional o una asociación empresarial de la que sea miembro el comerciante por un período de tres años posterior al término de su

La Directiva fue traspuesta al ordenamiento jurídico español 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, que regula en el artículo 23 los principios de independencia e imparcialidad⁴⁷.

La independencia también debe analizarse en la aplicación de las TICs al sistema de resolución de conflictos. En mi opinión hay que diferenciar tres escenarios.

El primero es cuando lo único que se ha informatizado es la gestión del proceso. En principio no deben plantearse problemas adicionales a los que existen actualmente en un proceso no numérico.

El segundo es cuando nos hallamos ante un ODR o un sistema extrajudicial de resolución de litigios. El Consejo de Europa⁴⁸ indica que esta exigencia es más importante porque la persona decisora puede ser desconocida o esta físicamente ausente, lo que puede provocar problemas de confianza. Si una de las partes es la que paga el procedimiento, como es el caso de las empresas en un asunto de comercio en línea, debe plantearse un eventual sesgo estructural o en qué medida el prestatario del servicio en línea tiene interés en el éxito del litigio (pf. 69).

En el tercero es cuando la Resolución en Línea de los litigios se practican por los tribunales. En este caso los principios de independencia e imparcialidad son los mismos que en el caso de los tribunales “fuera de línea” o no informatizados (pf. 70).

La cuestión que se plantea es que si se impone un programa informático que sugiera la solución del conflicto, cuál sería la posición del juez o de los

actuación en el procedimiento de resolución del litigio; d) que la entidad de resolución de litigios no tenga ningún vínculo jerárquico ni funcional con el comerciante y esté claramente separada de las entidades operativas del comerciante, y disponga, para el cumplimiento de sus funciones, de un presupuesto suficiente que sea independiente del presupuesto general del comerciante”.

47 Ver el comentario que realiza ESTANCONA PÉREZ, en “La protección del consumidor en España y Portugal a través del desarrollo de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos en consumo”, en *El sistema de ADR Y ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, edit. Atelier, Barcelona, 2019 pp. 255 y ss.

48 Aprobado en la 93 Reunión Plenaria del Consejo de Europa, celebrada en Estrasburgo el 14 y 16 de noviembre de 2018.

decisores de un ADR vinculante que se apartase de ésta⁴⁹. Teóricamente se puede defender que la aplicación se limita a proponer la resolución y que el juez se puede apartar de la misma. El problema es que si se aparta deberá justificar y motivar las razones de su decisión de una forma desproporcionada a si acepta la solución propuesta. Esta diferencia puede afectar a una eventual reclamación de responsabilidad⁵⁰.

Además, debe tenerse en cuenta que tanto el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como el artículo 24 de la Constitución Española proclaman como uno de los principios esenciales del proceso judicial la imparcialidad judicial. La cuestión que planteo es si la solución propuesta por la aplicación informática se puede asimilar a una orden o instrucción realizada por un tercero, en este caso su creador o controlador, al Tribunal. El cuál, además, tiene el riesgo de que se declare su responsabilidad si se aparta del criterio de ésta. Planteado en estos términos es indudable que influye a la imparcialidad subjetiva del Juez la implantación de las TICs para solucionar conflictos.

Otro de los principios esenciales de la jurisdicción es la independencia del poder judicial, tanto respecto del resto de poderes del Estado como internamente en el poder judicial. Creo que la implantación de estas aplicaciones informáticas genera un problema de quién las controla. Se puede afirmar que debe ser el poder judicial⁵¹, pero en un sistema jurídico

49 El CEPEJ advierte de este riesgo en el documento sobre “las líneas directrices sobre la conducta de cambio hacia la ciberjusticia”, aprobado el 7 de diciembre de 2016”. En el apartado 49 afirma que “sin embargo, el respecto del principio de independencia ordena que cada uno pueda y deba al final, tomar una decisión que sea personal después de realizar un razonamiento que debe poder asumir a títulos provisional, sin vinculación con el útil informático. La utilización de tramos y guías de razonamiento no puede tener como efecto privar al juez de su facultad de decisión, imponiéndolo una forma de razonamiento del que no pueda apartarse cuando lo desee, o implicando un volumen de trabajo que no le deje la posibilidad de replantearse la forma de razonamiento inducida por el útil informático”.

A continuación, hace propia la conclusión del Comité Consultivo de Jueces Europeos, opinión número 14, 2011, que declara que “la tecnología debe ser adaptada al proceso judicial y todos los aspectos del trabajo del juez. Los jueces no deben estar sometidos, por razones de eficacia, a los imperativos tecnológicos y a los que controlan la tecnología”. El Comité Consultivo de Jueces Europeos, en el apdo. 34 de este documento, afirma que “los jueces no pueden estar sometidos, por razones de eficacia únicamente, a los imperativos tecnológicos y a los que controlen la tecnología”.

50 Tal como afirmaba CALAMANDREI “la independencia de los jueces...es un duro privilegio que se impone a quien lo disfrute el valor de responder de sus actos sin esconderse tras la cómoda pantalla de la orden del superior” (en *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*, ed. Góngora, 1936, pg. 127).

51 En este sentido se pronuncia el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, en la opinión 14

en el que no rige el sistema de los precedentes del derecho anglosajón no se puede defender este criterio. Por otro lado, atribuirle esta función sería ir más allá de sus funciones al convertirlo de facto en legislador.

Si defendemos que lo debe controlar otro de los poderes del Estado implicaría subordinar al poder judicial al que tuviera el control de la aplicación informática que aportase la solución jurídica. Es decir, supondría volver a la concepción original de la separación de poderes que se reflejaba en la noción que tenía MONTESQUIEU de la función jurisdiccional, para quien debía limitarse a ser la boca de la Ley y su actividad debía reducirse a la mera subsunción del hecho a la norma⁵². Es en este contexto en el que se desarrolla la teoría del silogismo judicial y que coincide con el auge del positivismo.

La última de las opciones sería que fuera controlado por un tercero no integrado en ninguno de los poderes del Estado⁵³. La realidad es que nos encontraremos ante una aplicación informática protegida por los derechos de propiedad industrial. Esta falta de control por los poderes estatales implicará delegar en las empresas privadas el desarrollo del programa y la determinación de los algoritmos, con sus sesgos y caracteres⁵⁴. El riesgo que se corre es evidente ya que supondrá privatizar la función legislativa y judicial. La solución no es crear mecanismos de control de los programas informáticos y su aplicación, sino que éstos sean diseñados por el poder público que tenga competencia sobre la actividad desarrollada.

Esta opción es una realidad en los conflictos de vivienda y consumo. La disposición adicional primera 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, prevé la regulación

(2011) sobre la justicia y las tecnologías de la información, apdo. 36.

52 Ver PEDRAZ PENALVA, *La Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu*, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1976, p. 919.

53 Es la opción que plantea el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en el trabajo “decodificar la Inteligencia Artificial: 10 medidas para proteger los derechos humanos”, publicado en mayo de 2019. En la quinta recomendación indica que el control debe realizarse a través de una Ley que permita verificar de manera independiente y efectiva el desarrollo, el despliegue y la utilización de los sistemas de Inteligencia Artificial.

54 Ver ampliamente NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 69.

de un ADR de carácter vinculante “ex lege” para las entidades financieras y las compañías aéreas respectivamente⁵⁵. De esta forma se pretende otorgar a órganos administrativos la resolución de las reclamaciones efectuadas por los consumidores de sistemas financieros, imponiendo el ADR a las entidades financieras. En el diseño de este organismo será esencial respetar su independencia.

Otro modo de afectar a la independencia judicial sería a través de la utilización de estas aplicaciones informáticas al cálculo del riesgo para que las empresas aseguradoras aseguren a los jueces y magistrados. Actualmente es una realidad que prácticamente la totalidad de los Jueces y Magistrados contratan un seguro de responsabilidad por su actividad profesional. Si las empresas aseguradoras aplicasen estos programas para determinar el nivel de riesgo de un juez o magistrado concreto atendiendo a si se aparta o no de la solución automatizada, éste podría ajustar sus resoluciones a este criterio. Lo cual implicaría un riesgo para la independencia judicial, que debe ser evitado.

VII. EL CARÁCTER OBLIGATORIO *OPE LEGIS* DE LOS ADR EN MATERIA DE VIVIENDA Y CONSUMO.

La supuesta ineficacia de la justicia se está intentando resolver a través de una huida de la jurisdicción ordinaria, que se manifiesta en la creación de juicios especiales, la administrativización de la resolución de conflictos y la imposición o fomento de los ADR y ODR antes del inicio del proceso judicial.

La creación de juicios especiales se manifiesta en la Ley 5/2018, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de las viviendas. El ejemplo de la administrativización de la jurisdicción lo encontramos en la obligación de ofrecer un alquiler social antes de iniciar un proceso de ejecución hipotecaria o de desahucio arrendaticio cuando en el demandante y afectados concurren unos requisitos⁵⁶.

55 Ver el análisis que efectué en “La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Indret, revista para el análisis del derecho*, Barcelona, abril 2019.

56 Art. 5 de la ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia

La obligación de acudir a un ADR obligatorio antes de iniciar un proceso que tuviera por objeto un crédito hipotecario lo preveía el artículo 123-4 del Código de Consumo de Catalunya, que fue declarado inconstitucional por la Sentencia del pleno 54/2018, de 24 de mayo, al apreciar el Tribunal Constitucional que el legislador catalán invadía la competencia estatal en materia de legislación procesal.

En el nivel de propuesta legislativa el anteproyecto de Ley de impulso de la mediación⁵⁷ también proponía instaurar la mediación obligatoria antes del inicio de un proceso judicial cuando se ejercite un derecho real sobre cosa ajena.

La imposición legal de acudir a un ADR antes del inicio de un proceso judicial no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva siempre que esta obligación no implique un obstáculo excesivo ni impida el acceso a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han pronunciado sobre el mismo.

Así el Tribunal Constitucional, en el auto 72/2016, de 12 de abril, que alza la suspensión de determinados artículos del Código de Consumo de Catalunya, que había sido impugnado por el Gobierno a través del recurso de inconstitucionalidad número 5459/2015. En esta resolución el Tribunal Constitucional declara que “ni la dilación en el acceso a la jurisdicción que puede implicar el plazo de tres meses, frente a la posibilidad de una pronta resolución del conflicto por vía extrajudicial, constituyen elementos que justifiquen el mantenimiento de la suspensión”.

Por otro lado, el TJUE también ha declarado que la imposición de un ADR como obligatorio antes de acudir a los órganos jurisdiccionales es válido si no impide o dificulta el acceso a la jurisdicción o a la revisión del fondo del litigio por un tribunal. El TJUE declara que “lo que tiene importancia no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se

en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, del Parlament de Catalunya, que analizo posteriormente.

57 Tal como he indicado anteriormente se aprobó por el Consejo de Ministros el 11 de enero de 2019, pero no se presentó como proyecto de ley debido a la disolución de las Cortes Generales por la convocatoria de las elecciones generales celebradas el 28 de abril de 2019.

preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial”⁵⁸.

Es decir, el legislador podría optar por imponer un ADR obligatorio antes del inicio de un proceso judicial siempre que no impidiese el acceso a un sistema judicial. Así podría imponer la mediación o la conciliación previa. Esta posibilidad se reclama de forma insistente por los servicios sociales de las administraciones competentes porque afirman que tienen mayores posibilidades de intervenir eficazmente antes del inicio del proceso que en el momento previo al lanzamiento. Por este motivo en Catalunya se impuso la mediación obligatoria antes de iniciar un proceso hipotecario.

Por todo ello considero que imponer la obligación de acudir a un ADR antes del inicio de un proceso judicial relacionado con la vivienda puede ser conveniente y oportuno. Otro tema es cómo la calificamos ya que no es ni una mediación ni una conciliación, sino más bien una negociación tutelada por la Administración Pública. Además, éste no puede impedir el acceso a la jurisdicción⁵⁹.

En este contexto deben regularse unos requisitos que deben cumplir las entidades de resolución alternativa en el ámbito de la actividad financiera. La disposición adicional primera 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, regula la creación por ley de una entidad para la resolución, con carácter vinculante o no, de litigios de consumo en el sector financiero⁶⁰. En el apartado segundo prevé que el Gobierno remitirá a las Cortes Generales, en el plazo de 8 meses desde la entrada en vigor de esta ley un proyecto de ley que regule el sistema institucional de protección del cliente financiero, así como su organización y funciones. Esta ley entró en vigor el 5 de noviembre de 2017,

58 Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2017, asunto Menini, cuestión C-75/16, apdo. 51.

59 Una cuestión distinta es que no se podrían imponer otros ADR que impidiesen a alguna de las partes acudir a un proceso judicial como sería el caso de un arbitraje obligatorio. En el voto particular que cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional realizaron a la Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero, planteaban que podía ser legítimo limitar el derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes para reforzar la protección del consumidor, que es la parte más débil contractualmente. Ya he indicado que en mi opinión ni el arbitraje ni los ADR refuerzan la protección del consumidor frente al profesional. Sin embargo, puede ser una opción en las reclamaciones de escasa cuantía.

60 Ver el análisis que realicé de esta previsión en “La imposición de los ADR *ope legis*...”, cit.

pero aún no se ha remitido el proyecto de ley ni se ha hecho público ningún anteproyecto. De forma transitoria el apartado tercero de esta disposición adicional prevé que los servicios de reclamaciones regulados en el artículo 30 de la ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero⁶¹, acomodarán su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en esta ley.

VIII. LA DECISIÓN AUTOMATIZADA DEL CONFLICTO A TRAVÉS DE UN ODR.

Una de las cuestiones que se están debatiendo actualmente es la posibilidad de implantar los medios electrónicos en la decisión del conflicto⁶². Es decir, la aplicación de la Inteligencia Artificial en la resolución de conflictos.

Las ADR fueron pioneras en la introducción de las nuevas tecnologías en los mecanismos de resolución de conflictos. En un primer momento se desarrolló en el ámbito del arbitraje electrónico en el que se permitía que las notificaciones y comunicaciones entre las partes y el árbitro o árbitros se realizasen a través de correo electrónico⁶³. Posteriormente se permitió también la práctica de pruebas personales como la declaración testifical o de las partes a través de videoconferencias⁶⁴.

En el ámbito de las ODR los operadores electrónicos de venta on line como amazon, ebay, paypal o airbnb han introducido mecanismos de resolución automatizada de los conflictos que surjan entre los usuarios de estas plataformas electrónicas⁶⁵. Éstos han implementado un mecanismo de resolución de conflictos que propone la solución para que sea aceptada por las partes. Se trataría de un sistema que se puede calificar de conciliación. Es decir, el sistema analiza el conflicto planteado y propone la solución a

61 Este precepto regula los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

62 Ver por todos NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., pp. 99 y ss.

63 Artículo 5 de la Ley 60/2003, de 5 de diciembre, de Arbitraje

64 Ver por todos el análisis que efectúa CUBILLO LÓPEZ, en “El arbitraje de consumo electrónico”, en *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, coord. Carmen Senés Motilla, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 369 y ss.

65 Ver BARRAL VIÑALS, “Tecnología y conflictos en la era de internet...”, cit., pp. 53 y ss.

las partes para que sea aceptada por éstas. En este caso es posible porque nos hallamos ante una materia dispositiva en el que los implicados pueden o no aceptarla libremente.

En mi opinión el hecho de que las ADR primero y ahora las ODR hayan sido pioneras en la aplicación de las nuevas tecnologías tienen varias explicaciones, entre las que destaco:

El procedimiento de los ADR y ODR es más flexible que el judicial, ya que mientras en los primeros el legislador tan sólo le exige respetar las garantías esenciales del proceso, en el segundo los Tribunales estatales tienen la obligación de dictar sentencia aplicando las Leyes de enjuiciamiento.

En el caso que las partes sean reacias a participar en un ADR o un ODR tienen la obligación de acudir a un órgano jurisdiccional estatal para resolver el conflicto. Es decir, en los ADR y ODR las partes colaboran en el procedimiento, lo que permite agilizarlo. Sin embargo, ante los órganos jurisdiccionales estatales las partes tienen la necesidad de comparecer para defender sus intereses, lo que impone a los Tribunales una menor flexibilidad en el desarrollo del proceso, que se rige por el principio de legalidad procesal para asegurar el respeto de los derechos de las partes.

En los ADR y ODR las partes pueden decidir que la decisión del conflicto se realice sin aplicar la Ley, sino otros criterios como la equidad⁶⁶, con el límite de no vulnerar el orden público, las normas imperativas ni perjudicar los intereses de terceros. Sin embargo, el juez estatal está obligado a resolver el conflicto interpretando y aplicando la Ley. Por ello, en el primer caso las partes pueden decidir resolver el conflicto mediante un sistema automatizado de resolución de conflictos en el que no se garantiza que la solución que se alcance sea la que corresponda con la previsión legislativa.

Desde otra perspectiva se afirma que la previsibilidad de la justicia puede favorecer que las partes acudan a un sistema de ADR y ODR⁶⁷. Es

66 En este caso nos deberíamos plantear qué entendemos por equidad. En el contexto de un ODR ésta sería sustituida por los algoritmos de la aplicación informática creada para resolver el conflicto sin aplicar la ley. Parece más razonable aplicar la ley, que es la norma general que ha sido consensuada por la sociedad para resolverlo.

67 En este sentido se pronuncia el CEPEJ afirmando que “el cálculo de la información jurídica fundada en la jurisprudencia ayudará a las partes a evaluar la situación y a decidir si prefieren ir a los tribunales o regular sus diferencias por la vía de la regulación extrajudicial de las diferencias” (en *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia*

decir, las aplicaciones informáticas que afirman que pueden anticipar la resolución deben ser utilizadas para que las partes de un conflicto sean conscientes de cuál es su posible decisión por un tribunal estatal⁶⁸.

El CEPEJ también indica que la Inteligencia Artificial también puede ser utilizada para que los “decisiones públicos vean la oportunidad de regular mejor el flujo de nuevos procedimientos ante los Tribunales y dotarles de una reducción de costes del funcionamiento de la justicia. Se trataría de incitar a los justiciables a recurrir a los modos de resolución alternativa de resolución de conflictos (conciliación, mediación o incluso arbitraje)”⁶⁹.

Esta opción legislativa de fomentar el uso de los ADR y ODR puede ser especialmente útil en las reclamaciones de pequeña cuantía. En estos casos nos hallamos ante lo que RAMOS MÉNDEZ describe gráficamente como el umbral de la litigiosidad⁷⁰. Es decir, el importe de la reclamación no justifica la inversión en el coste de este. Es en este contexto en el que, en mi opinión, debe plantearse la imposición obligatoria de los ODR, vinculantes o no, a ambas partes o sólo a una de ellas⁷¹.

Siendo cierto, el sistema no está exento de riesgos. Para lograr una mayor efectividad de los ODR se está difundiendo la adopción de decisiones automatizadas. En el ámbito europeo se ha optado por esta solución al analizarlos como mecanismos complementarios a la jurisdicción estatal. Sin embargo, hay que adoptar precauciones. Así el Reglamento de protección de datos de la Unión Europea⁷² prevé que:

Los titulares de los datos tienen derecho a recibir información

la cyberjusticia, cit., p. 14).

68 Tal como he expuesto en distintos momentos de este trabajo estas aplicaciones informáticas no pueden anticipar la decisión judicial, pero sí que pueden realizar un análisis de las probables soluciones. Esta labor le corresponde realizarla a los abogados de las partes, que podrán utilizarlas para facilitar su trabajo. En este contexto estoy de acuerdo con que será una herramienta muy útil, pero no podrán reemplazar ni la función del abogado ni del órgano jurisdiccional. En este sentido se pronuncia el CEPEJ en la Carta ética..., cit., apartado 97

69 CEPEJ, *Carta ética...*, cit., p. 44.

70 RAMOS MENDEZ, “El umbral económico de la litigiosidad”, cit., pp. 297 y ss.

71 Sobre esta cuestión ver el apartado anterior.

72 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 a la protección de datos personales y a la libre circulación de estos datos por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

significativa sobre la lógica que subyace a una decisión (arts. 13.2.f, 14.2.g y 15.1.h).

Las personas tienen derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado (art. 22)⁷³.

Si se implanta este sistema debe analizarse la forma en que se presta el consentimiento a someterse a un ODR y a la decisión automatizada del conflicto. Este es esencial porque es el que ampara no sólo la resolución del litigio a través de un ODR, sino que además se realiza de forma excluyente de la jurisdicción ordinaria cuando nos hallamos ante decisiones de carácter vinculante.

Este problema no es nuevo, sino que ya se ha planteado en otras ocasiones, como con la sumisión a arbitraje realizada a través de una condición general de la contratación⁷⁴. En este caso hay que distinguir a los consumidores del resto de contratantes que actúen con una finalidad de lucro. En el primer caso estas cláusulas de sumisión son nulas de pleno derecho ya que el artículo 90 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios prevé expresamente que son abusivas las cláusulas que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo y las cláusulas de sumisión expresa a un Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble. Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que es aplicable el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que al integrar el orden público comunitario debe ser apreciado de oficio por los tribunales nacionales en cualquier momento del proceso, incluso durante el proceso de ejecución⁷⁵. Si el adherente es una persona que realiza la transacción con ánimo de lucro la cláusula de sumisión al ODR, que excluye la jurisdicción ordinaria, podría ser nula si concurren las siguientes circunstancias: la imposición por una de las partes, la no manifestación

73 Esta regulación es respaldada por el CEPEJ en todas las ocasiones que se ha pronunciado al respecto (así lo realiza por ejemplo en *la Carta ética...*, apdo. 145,

74 Ver ampliamente el análisis que realicé en “La nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos de adhesión”, cit.

75 En este sentido se pronuncia el TJUE en la Sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom, asunto C-40/08 y el auto de 16 de enero de 2010, Photovost, asunto C-76/10. Ver ampliamente el análisis que realicé en *la protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 64 y ss.

expresa de voluntad de sometimiento a arbitraje, que una de las partes actúe desde una posición de privilegio, que la cláusula sea contraria a la buena fe y que la sumisión a arbitraje genere una situación de desigualdad a la parte adherente y que en su desarrollo se le cause indefensión⁷⁶.

Cuando analizamos las nuevas tecnologías aplicadas a la resolución de conflictos vuelven a surgir estas cuestiones. En la Unión Europea ha existido una especial preocupación por estas materias y se han aprobado dos Directivas y un Reglamento. En un primer momento se aprobó la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Ésta fue derogada por el Reglamento UE 2016/679, 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. Otras Directivas de interés son la 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) y la 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 número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo).

Sobre la forma y alcance del consentimiento se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 1 de octubre de 2019, asunto C 679/17, Planet 49. Esta sentencia responde a dos cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal alemán. En la primera de ellas pregunta “si los artículos 2, letra f), y 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58, en relación con el artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46 y con artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento 2016/679, deben interpretarse en el sentido de que el consentimiento al que se hace referencia en estas disposiciones se presta de manera válida cuando el almacenamiento de información o el acceso a la información ya almacenada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet a través de cookies se autoriza

76 Ver extensamente el desarrollo que realizo en “La nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos de adhesión”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, número 4, pp. 1046 y ss.

mediante una casilla marcada por defecto de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea analiza la regulación aplicable, que sería la siguiente: los artículos 1, 2 b y 7 de la Directiva 95/46; los considerandos 17 y 24 de la Directiva 2002/58, que se remite en el alcance del contenido y forma del consentimiento a la Directiva 95/46 y el artículo 2, en que se concretan los considerandos citados; y el Reglamento 2016/679 que deroga el Reglamento de protección de datos. De la lectura de la sentencia destaco las siguientes afirmaciones que realiza el TJUE:

Pf. 56. Al analizar el artículo 5.3 de la Directiva 2002/58 declara que “el consentimiento del usuario ya no puede presumirse y debe resultar del comportamiento activo de este último”.

Pf. 58. El TJUE afirma que la manifestación de voluntad debe ser específica.

Pf. 61. Interpreta el artículo 4.1 del Reglamento 2016/679 y declara que “es todavía más estricto que el artículo 2, letra h, de la Directiva 95/46, puesto que requiere una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del interesado, que ha de adoptar la forma de una declaración o de una clara acción afirmativa que marque su aceptación del tratamiento de datos personales que le conciernen”.

Pf. 62. Afirma que “el Reglamento 2016/679 prevé expresamente un consentimiento activo”.

El consentimiento que regula el Reglamento 2016/679 es activo y requiere una voluntad libre, específica, informada e inequívoca del interesado. Por ello, el usuario que decida someterse a un ODR fundado en una decisión automatizada debe ser informado de esta circunstancia y de información significativa sobre la lógica aplicada, además de otras circunstancias (art. 14.2 del Reglamento).

El artículo 22 del Reglamento regula las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. En el apartado primero prevé que “todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado”. En el segundo indica que

no se aplicará el anterior si “se basa en el consentimiento explícito del interesado”. En el apartado tercero ordena al responsable del tratamiento que adopte “las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener la intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”.

Como se puede comprobar se puede acudir a una decisión individual automatizada para resolver un conflicto, pero es necesario que se informe de una serie de circunstancias. Si no se realiza el consentimiento no será válido y se podrá revocar.

Si el usuario es un consumidor es aplicable 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 número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litios en materia de consumo)⁷⁷. El artículo 10.1 de esta Directiva prevé que “los Estados miembros velarán por que un acuerdo entre el consumidor y el comerciante de someter una reclamación a la apreciación de una entidad de resolución alternativa no sea vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio”.

La consecuencia de lo expuesto es que el legislador español, al trasponer la Directiva a través de la Ley 7/2017, en la disposición final cuarta da una nueva redacción al artículo 63.1 de la LEC. En ésta excluye la posibilidad de interponer la declinatoria cuando el demandante sea un consumidor y exista un pacto previo de someterse a un proceso de resolución alternativa de litigios de consumo.

Una cuestión distinta se plantea cuando se intenta implementar la Inteligencia Artificial en la toma de decisiones sobre el fondo del asunto. En mi opinión se parte de un error conceptual y es la función del decisor en la resolución de los conflictos. Tal como entendemos hoy la división de poderes el Juez ya no es la boca muerta que pronuncia las palabras de la Ley,

⁷⁷ Esta Directiva fue traspuesta por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre. Ver el análisis que realizo sobre esta Ley en “La mediación de consumo y el proceso”, cit.

tal como afirmaba Montesquieu, sino que es el que dicta la sentencia judicial aplicando la Ley y otros elementos ajenos a ella como la determinación de los hechos probados, creando el derecho del caso concreto.

En mi opinión defender que una aplicación informática puede sustituir a un Juez o Tribunal implica, entre otras cosas, resucitar la teoría del silogismo judicial⁷⁸.

IX. CONCLUSIONES.

En este trabajo he analizado los ADR y ODR en materia de consumo y de forma indirecta en la protección del titular de la vivienda. La intención de este artículo no es analizar la regulación específica de esta materia, que ya he realizado en otros trabajos ya publicados, sino plantear una serie de cuestiones específicas relacionadas con el fomento de la mediación como sistema complementario a la jurisdicción estatal en el ámbito del consumo y de la protección del titular de la vivienda.

Desde esta perspectiva me planteo los motivos por los que desde la Unión Europea se ha fomentado la huida de la jurisdicción ordinaria y potenciar de medios complementarios como la mediación. Analizo los argumentos que se han esgrimido para defender los beneficios de éstos sobre la justicia estatal o el arbitraje. En mi opinión los únicos válidos son el mantenimiento de las relaciones personales entre las partes y cuando nos hallemos ante reclamaciones de escasa cuantía el coste económico de la reclamación.

También advierto de la paradoja que se ha producido y es que el Derecho de la Unión no reconoce el derecho a la vivienda como un derecho fundamental. Sin embargo, el TJUE lo ha reconocido indirectamente al aplicar la normativa de protección del consumidor al titular de la vivienda en el contrato de préstamo hipotecario cuando se ha adquirido para un uso no profesional. Además, el TJUE ha declarado que el derecho a la vivienda se integra en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Pero es cierto que lo ha realizado como obiter dicta en una sola sentencia

78 En este sentido también se pronuncia el CEPEJ en *la Carta ética...*, cit., apdo. 78.

(Sentencia de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, caso Kusionova) y sin que posteriormente haya deducido otras consecuencias.

A continuación, analizo otro de los argumentos que se han dado para defender los ADR como un mecanismo de igualdad de las partes procesales y de acceso a la resolución de conflictos. Yo no estoy de acuerdo porque éstos no tienen ninguna previsión que asegure la igualdad real de las partes. En el proceso jurisdiccional se han ampliado las facultades del órgano jurisdiccional para lograr una mayor protección del consumidor. Sin embargo, en los ADR no se ha realizado y la neutralidad que se exige al mediador o conciliador lo haría incompatible. En relación con el arbitraje ya se derivan estas reclamaciones al arbitraje de consumo, pero es significativo que cuando el ordenamiento jurídico se ha enfrentado ante la protección del consumidor lo ha derivado a otras figuras como la intermediación en que la Administración realiza una labor de protección del consumidor. Es el caso de la intermediación hipotecaria, que es cierto que ha tenido cierto éxito pero en mi opinión está vinculado a la incertidumbre para el profesional del resultado del proceso de ejecución de título no judicial provocado por las reformas legislativas de la LEC, propiciadas por la jurisprudencia del TJUE, o por la insolvencia del deudor que convertiría en ineficaz el proceso judicial.

También se ha defendido la ampliación del concepto de tutela judicial efectiva para incluir los ADR. Considero que el proceso es una institución en continua evolución, y que deben contemplarse otros mecanismos de resolución de conflictos distintos al proceso jurisdiccional. En mi opinión, cuando nos hallemos ante una reclamación de escasa cuantía la única vía que tendrá el consumidor para reclamar será a través de un ADR, ya que no podrá utilizar la vía del proceso jurisdiccional por la desproporción existente entre su coste y la cuantía reclamada.

La conclusión anterior provoca que deba incluirse la asistencia a los ADR en el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Por otro lado, justificaría la imposición ope legis de un ADR, vinculante o no, en los conflictos en los que resulte desaconsejable económicamente acudir al proceso jurisdiccional. En todo caso debe respetarse el derecho al acceso a un Tribunal. Para ello debería articularse la posibilidad de que la decisión adoptada en el ADR, por las partes o por un tercero, sea revisable ante un Tribunal.

Finalmente analizo la aplicación de las nuevas tecnologías a los ADR, que lo convierten en ODR. En este caso considero que cuando se aplica a la tramitación de procedimiento no plantea ningún problema adicional. La problemática surge cuando se quiere imponer la decisión automatizada de un conflicto a través de un ADR. El problema de fondo es común a los ADR vinculantes y al proceso jurisdiccional. En relación con el primero plantea otros como la sumisión a éstos y a los criterios de decisión, que exige que las partes, especialmente el consumidor, dé un consentimiento informado y que debe ser expreso. De forma similar sucede con los ADR no vinculantes en los que el carácter obligatorio para las partes de la solución depende de la voluntad expresa de las partes. En ambos casos debe ser posible acudir a la revisión judicial de la decisión adoptada.

En relación con el proceso jurisdiccional distingo entre la función de las TICS como auxiliar del órgano jurisdiccional en la adopción de las decisiones judiciales y sustituto de este. En el primer caso puede afectar a la independencia judicial y en el segundo que nos hallamos ante una resurrección de la teoría del silogismo judicial.

X. BIBLIOGRAFÍA.

ARMENTA DEU, Teresa. “Deriva de la justicia: una reflexión abierta”, en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 66-67, pp. 18 y ss.

AYUSO Mercedes y GUILLÉN Montserrat. “La mediación dentro de la pirámide de litigiosidad en Cataluña: análisis de costes”, en *El libro blanco de la mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011, pp. 895 y ss.

BARONA VILAR, Silvia. “Integración de la mediación en el moderno concepto de Acceso to Justice, Luces y sombras en Europa”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, octubre 2014.

BARONA VILAR, Silvia. “Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI”, en *La Ley Mediación y Arbitraje*, número 1, abril 2020.

BARRAL VIÑALS, Immaculada. “Tecnología y conflictos en la era de internet: la utilidad de las on line dispute resolution”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2016, número 1,

CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*, ed. Góngora, 1936.

CATALAN CHAMORRO, María José. *El acceso a la Justicia de los Consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR del Consumo*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

CUBILLO LÓPEZ, Ignacio. “El arbitraje de consumo electrónico”, en *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, coord. Carmen Senés Motilla, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 369 y ss.

ESPLUGES, “Hacia una nueva noción de acceso a la justicia en la Unión Europea a través del fomento del recurso a los mecanismos de ADR: la Directiva 2008/52/CE y su trasposición en los diversos Estados miembro”, en *Liber Amicorum Profa. Alegria Borrás Rodríguez*, Barcelona, 2013

ESTANCONA PÉREZ, Araya. “La protección del consumidor en España y Portugal a través del desarrollo de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos en consumo”, en *El sistema de ADR Y ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prospección de futuro*, edit. Atelier, Barcelona, 2019 pp. 255 y ss.

GIANINI, Leandro. “La desigualdad material de las partes es destacada en general como debilidad de todo mecanismo alternativo de resolución de conflictos”, en *La Ley*, Argentina, tomo 2014-A, año LXXVIII número 25.

GIANINI, Leandro. *La mediación en Argentina*, edit. Rubitzal-Luzconi, Buenos Aires, 2015.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón. “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, en *Indret*, 1/2017, enero 2017.

HERRERO PEREZAGUA, Juan. “La incertidumbre del proceso civil”, en

Revista General de Derecho Procesal, 42, 2017.

MARTIN DIZ, Fernando. “Mediación en la Administración de Justicia: balance actual y perspectivas de futuro”, en *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo*, edit. Andavira, A Coruña, 2017, p. 71.

MARTIN DIZ, Fernando. “El derecho fundamental a la justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista de Derecho Político*, número 106, septiembre-diciembre 2019, pp. 13 y ss.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2018

ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko. “¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2018-3, volumen 30,

OTEIZA, Eduardo. “Punto de Vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”, en *Revista iberoamericana de Derecho Procesal*, año V, 2005, número 8,

PASTOR PRIETO, Santos. “Dilación, eficiencia y Costes. Foro sobre la reforma y gestión de la Justicia”, *Fundación BBVA*, 2003.

PASTOR PRIETO, Santos. *Análisis de la Justicia y Reforma Judicial*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 338 (al ser una obra póstuma este capítulo fue revisado y completado por Jesús Robledo Monasterio).

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *La Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu*, en “*Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*”, 1976

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. “La nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos de adhesión”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, número 4, pp. 1046 y ss.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. “La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil”, en *Revista de Derecho Mercantil*,

número 283, 2012, pp. 231 y ss.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. “La mediación en el proceso de ejecución hipotecaria”, en *Justicia*, 2017, número 1, pp. 262 y ss.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. “La mediación de consumo y el proceso”, en *Revista General de Derecho Procesal*, número 48, 2019.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. “La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Indret, revista para el análisis del derecho*, Barcelona, abril 2019.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther. “Régimen jurídico de la mediación 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”, en *Revista General de Derecho Procesal* 2019, número 48.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. “El umbral económico de la litigiosidad”, en *Elogio de la Nada Procesal*, edit. Atelier, Barcelona, 2017, pp. 297 y ss.

SIRENA, Pietro. *I sistema di ADR nel settore bancario e finanziario*, en *La nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, número 9/2018, p. 1372.

SOLETO MUÑOZ, Helena. “El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, edit. Tecnos, Madrid, 2017, pp. 35 y ss.

VALLESPIN PÉREZ, David. *Litigios sobre consumidores: especialidades procesales y acciones colectivas*, edit. Bosch, Barcelona, 2018.

LA INDEMNIZACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL TRAS SENTENCIA ABSOLUTORIA O AUTO DE SOBRESEIMIENTO LIBRE: SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS

COMPENSATION FOR PRE-TRIAL DETENTION AFTER AN ACQUITTAL OR A FULL DISMISSAL OF THE CASE: CURRENT SITUATION AND PROPOSALS

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO

Catedrática de Derecho Procesal – Universidad de Valladolid
montserrat.dehoyos@uva.es

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN - II.- PRESUPUESTOS NORMATIVOS: LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ART. 121 CE Y EN LOS ARTS. 292 Y SS. LOPJ. - III.- EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ART. 294 LOPJ. - III.1.- Postura inicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. - III.2.- Pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Condenas a España por vulneración del art. 6.2 CEDH: asuntos Puig Panella, Tendam y Boddy-Lanni. - III.-3.- Reacción del Tribunal Supremo español a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. - III.4.- Principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia. - III.5.- La aplicación por la Sala 3ª del Tribunal Supremo de la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional. - IV.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS RELATIVAS AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN. - V.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN:

Se estudian en este trabajo los recientes cambios que han tenido lugar en relación con la indemnización de la prisión provisional del que resulta absuelto o su causa archivada. Se analiza la jurisprudencia de nuestros Tribunal Constitucional y Supremo, así como la más destacada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se realiza un análisis crítico de la misma y finalmente se formulan diversas propuestas de actuación normativa en la materia, considerando en todo caso que nos situamos en el marco de actuación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en su dimensión *ad extra*.

PALABRAS CLAVE: Prisión provisional – jurisprudencia – cambios normativos- presunción de inocencia- indemnización.

ABSTRACT:

This work focuses on the recent changes that have taken place concerning the compensation for pre-trial detention when the person is acquitted or when the case has been fully dismissed. The case-law of the Spanish Constitutional Court and Supreme Court is examined, as well as the most relevant judgments of the European Court of Human Rights. A critical analysis of this jurisprudence is made and, finally, several proposals for regulatory action are posed, considering in any case that this matter falls within the scope of action of the fundamental right to presumption of innocence, in its *ad extra* dimension.

KEYWORDS: Pre-trial detention – case-law – regulatory changes – presumption of innocence – compensation

I. INTRODUCCIÓN¹

Como es sabido, la indemnización de la prisión provisional padecida por aquel que finalmente resulta absuelto o su causa sobreeséida se regula en nuestro ordenamiento en los arts. 292 y ss. LOPJ, que son el desarrollo normativo de la previsión genérica contenida en el art. 121 CE, en los siguientes términos: *“Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”*, precepto este que viene a establecer la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, de manera directa y objetiva, resultando indiferente a esos efectos la culpa en la actuación judicial.

En la materia que se abordará en este trabajo se ha producido un cambio relevante en los últimos tiempos, consecuencia del dictado de la STC 85/2019, de 19 de junio, que ha venido a modificar la situación normativa y jurisprudencial vigente hasta ese momento, al haberse declarado la inconstitucionalidad y nulidad de algunos determinantes incisos del art. 294 LOPJ. Tal sentencia ha resuelto algunos problemas de inconstitucionalidad de este precepto por vulneración de los arts. 14 y 24. 2 CE, pero también ha dejado muchas incógnitas abiertas, cuya resolución corresponde al legislador.

Trataremos a continuación de contribuir a dar respuesta a las cuestiones más importantes, formulando algunas propuestas normativas al respecto, partiendo en todo caso de la premisa de que operamos en el contexto de los efectos *ad extra* del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Esto es, entendemos que la declaración judicial firme de no culpabilidad ha de poder desplegar sus efectos en otros ámbitos, más allá del propio proceso penal en que se alcanza esa resolución judicial, pero directamente vinculados con éste.

¹ Trabajo realizado en el marco de diversos Proyectos y Grupos de Investigación: Plan Nacional I+D+i –Excelencia– Ministerio de Economía y Competitividad: *“Garantías procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea”* –DER 2016-78096-P–; Junta de Castilla y León: *“Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio”* –VA-135-G18–; Generalitat Valenciana *“Claves de la justicia civil y penal en la sociedad del miedo”* –Prometeo 2018/2011–; Grupo de Investigación Reconocido, Universidad de Valladolid: *“Garantías procesales y Unión Europea”*; FEDER-Junta de Andalucía: *“Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado del Bienestar”* –UMA18-JA175–.

Así, el ordenamiento vigente deberá procurar que, en la medida de lo posible y como regla general, el absuelto recupere la posición personal y patrimonial que tenía antes de la imputación. Además, correlativamente, esta garantía obliga también a todas las autoridades públicas en general –no sólo a las específicamente encargadas de la persecución penal- a tratar como no culpables a aquellas personas cuya culpabilidad no ha sido judicialmente declarada.

Los principales problemas que se planteaban en este ámbito antes de la citada STC 85/2019 eran, dicho de forma resumida, los siguientes:

La persona que era absuelta por “inexistencia objetiva del hecho” tendría derecho a indemnización por el periodo de prisión provisional padecido, conforme al tenor del art. 294 LOPJ, siguiendo un determinado procedimiento administrativo de reclamación de la misma. Sin embargo, era muy complicado, casi imposible, que el que resultaba absuelto por “inexistencia subjetiva del hecho” pudiera obtener una indemnización, ya que previamente se tendría que haber declarado el “error judicial”, en aplicación de lo dispuesto en el art. 293 LOPJ. Además, si la absolución o el archivo se sustentaba en otras razones –v.gr.: insuficiencia de pruebas por declaración de ilicitud de alguna de ellas, o en general, por dudas razonables sobre la culpabilidad-, no estaba prevista en la ley la posibilidad de reclamar indemnización por aquel que había estado en prisión provisional y luego resultaba absuelto o sobreseída la causa.

Todas estas complicaciones derivaban de la extremadamente rígida y –a nuestro juicio- poco razonable situación normativa derivada de la estricta literalidad de los arts. 292 y ss. LOPJ, preceptos que no se modificaban a pesar de la palmaria necesidad de reforma. A esto había que sumarle su estrecha interpretación jurisprudencial, no exenta de vaivenes, ni de contradicciones y retrocesos, causados también por una temerosa asunción de la reiterada y constante jurisprudencia del TEDH sobre la materia.

Tal situación de inasumible rigidez normativa, y de insatisfactorias soluciones administrativas y jurisprudenciales, tanto para el justiciable que las padecía directamente, como para el común de la ciudadanía, que tenía cumplida noticia en los medios de las injustas decisiones que en no pocos casos provocaba la regulación vigente, dio lugar al planteamiento de numerosos recursos de amparo y, finalmente, a la autocuestión de

constitucionalidad -Auto TC 79/2018, de 17 de julio- con la correlativa respuesta contenida en la referida STC 85/2019, de 19 de junio.

Será preciso entonces analizar, no sólo la regulación contenida en nuestra LOPJ, sino también los más relevantes pronunciamientos jurisprudenciales que sobre la misma ha venido haciendo nuestro Tribunal Supremo; los que son consecuencia de la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, revisten particular interés. Valoraremos también, naturalmente, la jurisprudencia más destacada del Tribunal Constitucional, a fin de poder entender cómo se ha llegado a la situación actual.

Por lo demás, téngase en cuenta ya desde un inicio que, en aplicación de los principios fundamentales de igualdad y presunción de inocencia –arts. 14 y 24.2 CE-, esta STC 85/2019 concluyó expresamente que no pueden existir diferencias a efectos indemnizatorios entre sujetos absueltos. En consecuencia, sea cual fuere la razón de fondo, es decir, los concretos motivos de la absolución o del sobreseimiento libre, los perjuicios irrogados al preso provisional deberán ser indemnizados. Ahora bien, una vez sentada esta conclusión, también puede leerse en la citada STC que será precisa en cualquier caso la intervención del legislador para concretar los presupuestos y el alcance de la indemnización prevista en el art. 294 LOPJ.

II.- PRESUPUESTOS NORMATIVOS: LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ART. 121 CE Y EN LOS ARTS. 292 Y SS. LOPJ

Según se ha indicado, el art. 121 CE tiene su desarrollo normativo en los arts. 292 y ss. LOPJ, preceptos que regulan esta cuestión bajo el epígrafe general: *“De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia”*.

El art. 292 LOPJ dispone: *“1. Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del estado, salvo en*

los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización”.

Entiende generalmente la doctrina que todo error judicial conlleva en cierta medida un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por lo que éste sería el género, y aquél, el error, una especie o concreción de éste, siendo por tanto más restringido el error que el funcionamiento anormal; también el TS ha hecho suya esta tesis². En todo caso, es importante distinguir el sujeto del que proviene el daño: si ha sido ocasionado por Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, se trataría de un supuesto de error judicial, pero si viene provocado por una actuación del resto del personal no jurisdiccional, estaríamos en presencia de un caso de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Además, la indemnización por error debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, mientras que la reclamación por los daños causados por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no exige esa previa declaración judicial; se cursa directamente ante el Ministerio de Justicia.

En este sentido, el art. 293 LOPJ establece: “1. *La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de éste se aplicaran las reglas siguientes:* a) *La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses, a partir del día en que pudo ejercitarse.* b) *La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si éste se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción*

2 Vid. más ampliamente, PERELLÓ, 2018: 703.

militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo. c) El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado. d) El Tribunal dictara sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días, con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error. e) Si el error no fuera apreciado se impondrán las costas al peticionario. f) No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento. g) La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute.

2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse”.

Veremos *infra* cómo se concreta en la práctica el concepto de error judicial, siempre de manera muy restrictiva. Baste ahora indicar que nuestra jurisprudencia exige con rigor³ que se haya producido una aplicación de la norma “disparatada, extravagante o desprovista de todo fundamento legal y doctrinal”, consistiendo pues tal error “en la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía en el orden jurídico o en la decisión que interpreta equivocadamente el orden jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aceptable en la práctica judicial”⁴.

Por su parte, el funcionamiento anormal abarca cualquier defecto en la actuación de los juzgados y tribunales, en cualquiera de su personal, medios, servicios o actividades, aunque no concurra culpa.

En todo caso, se excluye de indemnización el funcionamiento “normal”

3 En la propia STC 85/2019 se citan como jurisprudencia relevante de la Sala 2ª del TS sobre el error judicial, estas resoluciones: AATS 14 enero 2019, de 16 de marzo 2018, o de 3 de mayo de 2016.

4 STS, Sala 3ª, de 23 de mayo de 2006. Rec. Casación núm. 5667/2001.

de la Administración de Justicia, aunque éste pudiera generar daños⁵.

El art. 294 LOPJ es el precepto específicamente dedicado al derecho a la indemnización por prisión provisional, que se formulaba en los siguientes términos –subrayamos las partes declaradas inconstitucionales y nulas por la STC 85/2019, de 19 de junio; el resto del precepto, mantiene su vigencia-: “1. *Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.* 2. *La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.* 3. *La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior*”.

Desde su entrada en vigor como parte del texto original de la LOPJ de 1985, se ha venido considerando que este precepto regulaba un supuesto específico de error judicial, ya que no requeriría de previa declaración judicial del mismo –que sí se exige con carácter general en el art. 293 LOPJ-. Se entendía que el legislador había partido de la premisa de considerar estos supuestos como casos de *error objetivado*, el cual se manifestaba por sí mismo cuando, tras haberse acordado la prisión provisional del investigado/acusado, finalmente se dictaba sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, aunque sólo sería indemnizable si era por razón de la inexistencia del hecho imputado.

Veremos cómo esa concepción –que planteaba numerosos problemas, y situaciones injustas desde la perspectivas de los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia- ha tenido que ser revisada como consecuencia directa de la STC 85/2019, pues -explica con rotundidad el Tribunal Constitucional en esta sentencia- “*la finalidad del art. 294 LOPJ es compensar el sacrificio especial en aras del interés general*”.

Es decir, una lectura constitucional de este precepto, depurados los incisos controvertidos, lleva a concluir que su finalidad no es que se pueda *indemnizar* un supuesto de “error judicial”, sino compensar al absuelto por haber padecido una prisión provisional que, con legítimos y proporcionados

⁵ Vid. lo dispuesto en los arts. 32 a 37 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector público, esp. art. 34, en lo relativo a la indemnización.

fines cautelares, se acordó *lícitamente*, y que no dejó de ser lícita durante todo el tiempo que duró, aunque después se decidiera la absolución o el sobreseimiento libre del encausado, fuera cual fuese el motivo de tal decisión –prueba plena de la inocencia, dudas razonables y aplicación del *in dubio pro reo*, insuficiencia probatoria por declaración de ilicitud de parte del acervo, causa de justificación o de inimputabilidad... -.

Para comprender plenamente porqué y cómo hemos llegado a este punto en el que hoy nos encontramos, estimamos necesario destacar los principales hitos en la evolución de la interpretación jurisprudencial por nuestros tribunales de este precepto, que no ha sido ni lineal ni sencilla. Nos detendremos también analizar hasta qué punto la reiterada jurisprudencia del TEDH ha influido de manera determinante sobre la materia.

III.- EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ART. 294 LOPJ

III.1.- POSTURA INICIAL DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Resumiremos a continuación los principales hitos en la aplicación de este precepto por la Sala 3^a de nuestro Tribunal Supremo⁶, y destacaremos también sus principales consecuencias prácticas.

Desde su aprobación en 1985 este art. 294 LOPJ se entendió como un precepto específicamente indemnizatorio del error judicial en la adopción de la prisión provisional, objetivado en la propia sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento que ponía fin a la causa. La jurisprudencia fue asentando también la idea de que el art. 294 LOPJ no abarcaba la indemnización por prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento en todos los supuestos posibles. En todo caso, el

6 Puede encontrarse una pormenorizada descripción de esta evolución y las correspondientes valoraciones que a cada autor respectivamente le merece, en DÍAZ FRAILE, 2017: 187 y ss., DEL SAZ CORDERO, 2014: 55 y ss., y DEL SAZ CORDERO, 2017: 269 y ss.; DOMÉNECH PASCUAL, 2015: 1 y ss.; COBREROS MENDAZONA, 2012: 2775 y ss.; MARTÍN REBOLLO, 2012: 2943 y ss.; DE MATEO MENÉNDEZ, 2011: 80 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, 2017: 1 y ss.; TAPIA FERNÁNDEZ, 2018: 1 y ss.

TS inició sus escarceos interpretativos del precepto de forma dubitativa, tanteando las distintas posibilidades y aplicando diversos recursos hermenéuticos con la finalidad de sortear la estrechez literal del precepto⁷.

En efecto, la expresión “*inexistencia del hecho imputado*” dejaba en principio un escaso margen de actuación a los tribunales: sólo en los supuestos en que se declarase probada la *inexistencia objetiva* del hecho podría ser indemnizada la prisión provisional –el hecho no había existido, o bien no era penalmente típico-. Sin embargo, enseguida exploró el TS la posibilidad de realizar una interpretación teleológica del citado art. 294 LOPJ que pudiera abarcar también los supuestos de *inexistencia subjetiva*; es decir, aquellos casos en que el delito había existido efectivamente, pero se había demostrado en la causa que el acusado -el preso provisional que demandaba la indemnización una vez absuelto- no había tenido participación en el mismo. Este punto de inflexión se coloca en la STS de 27 de enero de 1989, como la primera sentencia que asimiló la inexistencia subjetiva a la objetiva, ampliando de esta forma los supuestos indemnizables en virtud del art. 294 LOPJ; después vendrían muchas otras, en esa misma línea argumental expansiva⁸.

De aquella manera se fue desarrollando y consolidando a lo largo de los años esa jurisprudencia, hasta que nuestro Tribunal Supremo se vio obligado a modificarla –así lo indicó expresamente- como consecuencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictadas contra España, en los asuntos Puig Panella (2006) y Tendam (2010); después vendrían otras sentencias del mismo Tribunal, como la dictada en los asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni (2016), también contra España, que siguieron confirmando esa doctrina jurisprudencial europea.

7 Vid. DÍAZ FRAILE, 2017:188.

8 Vid. DÍAZ FRAILE, *op. et loc. cit.* nota anterior, y TIRADO ESTRADA, 2017: 11 y ss, esp. p. 18.

III.2.- PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. CONDENAS A ESPAÑA POR VULNERACIÓN DEL ART. 6.2 CEDH: ASUNTOS PUIG PANELLA, TENDAM Y BODDY-LANNI.

El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la configuración del derecho a la presunción de inocencia en general, y sobre sus efectos *ad extra* en particular, ha sido sin duda determinante de la comprensión actual de este derecho fundamental. El *leading case* se sitúa en la STEDH –Gran Sala-, de 12 julio 2013, Allen c. Reino Unido.

Nos fijaremos a continuación en aquellos pronunciamientos del TEDH que han supuesto una condena al Estado español por vulneración del art. 6.2 CEDH. Sus consecuencias sobre el *status quo* actual en nuestro ordenamiento, serán evidentes.

STEDH asunto Puig Panella c. España, de 25 abril 2006⁹:

El asunto trae su origen en una decisión del Tribunal Constitucional español anulando la sentencia que en su día había condenado al Sr. Puig Panella, por entender el TC que se había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia: fue condenado con fundamento en las investigaciones practicadas en la instrucción, diligencias que no fueron reproducidas como pruebas, ni sometidas a contradicción en el juicio oral.

El recurrente reclamó al Ministerio de Justicia una indemnización de 188.717,80 euros por los 1.663 días de prisión sufridos, petición que fue rechazada argumentando que de la STC de amparo sólo podía deducirse que no había prueba suficiente de que el afectado hubiera sido el autor de los hechos enjuiciados, pero no se había probado en la causa que la acusación fuera infundada. El Sr. Puig Panella recurrió tal decisión administrativa ante la Audiencia Nacional, quien también desestimó su pretensión, por considerar que era un “caso típico de falta de pruebas”, en el que no había sido probada la inexistencia de los hechos delictivos que fundamentaron la prisión, conforme disponía el art. 294 LOPJ.

9 Un comentario a esta STEDH puede encontrarse en DÍAZ PÉREZ DE MADRID, 2006: 973 y ss.

El Sr. Puig Panella acudió entonces al TEDH y éste concluyó que la respuesta dada por las autoridades españolas había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia –art. 6.2 CEDH-, por las razones que resumimos a continuación:

La estricta aplicación del art. 294 LOPJ suscita dudas sobre la inocencia del recurrente, pues para los tribunales españoles una persona a la que la justicia declara no autora de una infracción –inocencia positiva- será indemnizada, mientras que si dicha persona es absuelta por falta de pruebas –inocencia negativa-, no recibirá indemnización.

El TEDH analiza con detalle las expresiones empleadas por las autoridades españolas en las respectivas resoluciones –procedimiento administrativo ante el Ministerio de Justicia y proceso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional- y concluye que la motivación de sus decisiones denegatorias de la indemnización se asentaban únicamente en la “ausencia de total certeza” sobre la inocencia del Sr. Puig Panella, lo que es incompatible con el debido respeto a la presunción de inocencia.

El Tribunal de Estrasburgo entendió contrario al art. 6.2 CEDH que tales decisiones se apoyaran en sospechas sobre la inocencia del recurrente, a pesar de que ya se había dictado sentencia definitiva absolutoria: el razonamiento del Ministerio de Justicia, confirmado ulteriormente por las jurisdicciones internas, se muestra incompatible con el respeto de la presunción de inocencia, pues plantea dudas sobre la inocencia del demandante, a pesar de que la sentencia del TC que concedió el amparo al interesado le había restablecido en su derecho a la presunción de inocencia.

Resulta igualmente importante destacar la literalidad de algunos otros apartados de esta resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en el 51º se afirma que “la presunción de inocencia se vulnera si una decisión judicial relativa a un acusado refleja el sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad previamente no ha sido legalmente establecida. Basta, incluso en ausencia de una constatación formal, con una motivación que conduzca a pensar que el juez considera al interesado culpable. El campo de aplicación del art. 6.2 se limita, por tanto, a los procesos penales que continúan pendientes, pero se extiende a las decisiones judiciales adoptadas tras la suspensión de las diligencias, o tras una absolución. Así, una decisión que niega al acusado, tras la suspensión

de las diligencias, una indemnización por el ingreso en prisión preventiva, puede plantear problemas bajo el ángulo del art. 6.2 si motivos indisociables del dispositivo equivalen en sustancia a una constatación de culpabilidad sin que ésta haya sido previamente establecida de manera legal”.

En todo caso recuerda el TEDH –vid. apdo. 52º- que, ni el art. 6.2, ni ninguna otra cláusula del Convenio, otorga al acusado un derecho de reembolso de sus costas, o un derecho a reparación por ingreso en prisión preventiva legalmente acordada, en caso de suspensión de diligencias emprendidas en su contra. “El simple rechazo de una indemnización no es contrario, por tanto, en si mismo a la presunción de inocencia”, concluyó el Tribunal de Estrasburgo.

STEDH asunto Tendam c. España, de 13 julio 2010:

El Sr. Tendam, alemán residente en España, acudió al TEDH porque las autoridades españolas desestimaron sus peticiones de indemnización por los perjuicios sufridos por la prisión provisional, así como por la desaparición y deterioro de los bienes embargados en los procesos penales incoados en su contra. El Sr. Tendam había sido absuelto de los cargos que pesaban contra él e invocó ante el TEDH el derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH y el art. 1 del Protocolo 1º.

El Ministerio de Justicia rechazó conceder tal indemnización al haber sido absuelto el Sr. Tendam, “no por la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo”, sino por la ausencia de pruebas suficientes para asentar su condena. En consecuencia, no se cumplían las exigencias del art. 294 LOPJ y el demandante no tenía tal derecho.

El Sr. Tendam presentó recurso contencioso-administrativo contra la decisión del Ministro, ante la Audiencia Nacional, que fue desestimado, al igual que el posterior de casación ante el TS invocando errónea interpretación del art. 294 LOPJ, básicamente porque la absolución del Sr. Tendam no se basaba en la probada ausencia de la participación del demandante en el hecho delictivo, sino en la insuficiencia de pruebas incriminatorias. A continuación, el demandante interpuso recurso de amparo ante el TC, invocando, entre otros, el derecho a un proceso justo y a la presunción de inocencia –art. 24 CE-. El Tribunal Constitucional declaró el recurso inadmisibles. Finalmente, el Sr. Tendam acudió con su reclamación ante el

TEDH, por violación del art. 6.2 CEDH, entre otros extremos.

El Tribunal de Estrasburgo se manifestó, resumidamente, en los siguientes términos:

En primer lugar el TEDH recordó lo ya manifestado en el asunto Puig Panella –*supra* expuesto-, insistiendo en que no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una liberación por falta de pruebas y otra resultante de una constatación de la inocencia de la persona que no está en duda. El contenido de una sentencia absolutoria debe ser respetado por todas las autoridades que se pronuncien de manera directa o incidental sobre la responsabilidad penal del interesado. Es más, el hecho de exigir a una persona que presente pruebas de su inocencia en el marco de un procedimiento de indemnización por la prisión provisional, “es irracional y muestra un atentado contra la presunción de inocencia”. Entendió por tanto el Tribunal de Estrasburgo que se había violado el art. 6.2 del Convenio¹⁰.

STEDH, asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España, de 16 febrero 2016:

Los Sres. Boddy y Lanni estuvieron en prisión provisional por varios delitos, de los que finalmente resultaron, absuelto el primero, y sobreseída provisionalmente la causa para el segundo. Los demandantes se quejan ante el TEDH por la denegación de indemnización por las autoridades españolas a causa de los perjuicios padecidos como consecuencia de su estancia en prisión provisional. Tal denegación se fundó en que, si no fueron condenados, fue por falta de pruebas de cargo suficientes que demostraran su participación en los hechos delictivos, y no por la certeza de su no participación. Se interpusieron también sendos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando los arts. 14, 17 y 24.2 CE, que fueron inadmitidos a trámite por carecer las respectivas causas de “especial trascendencia constitucional”.

Resumidamente, en este asunto el TEDH resolvió, recordando

¹⁰ Destaca ARROYO JIMÉNEZ que uno de los efectos más importantes de esta STEDH es la negación de que el derecho a la presunción de inocencia sólo pueda verse vulnerado a través de actos del Estado ejerciendo *ius puniendi*, pues en ella se concluye que el art. 6.2 CEDH es aplicable también a otros procesos posteriores en la medida en que éstos sean corolario o complemento a tales procesos penales en los que el demandante absuelto ostentaba la condición de acusado. Vid. más ampliamente ARROYO, 2013: 313 y ss.

su jurisprudencia más relevante sobre la materia, en los siguientes términos:

Se menosprecia la presunción de inocencia si una decisión judicial refleja la sensación de que un sujeto es culpable, cuando su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente. El ámbito de aplicación del art. 6.2 CEDH no se limita a los procesos penales pendientes, “sino que se amplía a los procedimientos judiciales resultantes de la absolución definitiva del acusado, en la medida en que las cuestiones planteadas en estos últimos procedimientos penales constituyan un corolario y un complemento de los procedimientos penales afectados en los que el demandante tuviera la condición de acusado. Aun cuando ni el artículo 6 § 2 ni ninguna otra cláusula del Convenio da derecho a compensación por una detención provisional legal cuando se levanta el procesamiento o se llega a una absolución, no puede admitirse que se siembren sospechas sobre la inocencia de un acusado tras una absolución que haya adquirido carácter de firmeza. Una vez que la absolución es firme – aunque se trate de una absolución con el beneficio de la duda - conforme al artículo 6 § 2 del Convenio, la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia. En efecto, unas decisiones judiciales posteriores o unas declaraciones que emanen de Autoridades públicas pueden plantear un problema desde la perspectiva del artículo 6 § 2 anteriormente citado si equivalen a una declaración de culpabilidad que ignora, deliberadamente, la absolución previa del acusado”.

Añade el TEDH que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*¹¹, ninguna diferencia cualitativa debe existir “entre absolución fundada en una inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable”. Las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos aducidos por el Juez de lo penal. “Exigirle a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por detención provisional se presenta como irrazonable y revela un atentado contra la presunción de inocencia”, concluyó el TEDH con toda rotundidad, al tiempo que condenaba de nuevo a España por violación del art. 6.2 CEDH.

11 Nosotros lo derivaríamos del principio de presunción de inocencia, que ha de informar cualquier procedimiento punitivo o sancionador, pero el resultado es equivalente.

III.3.- REACCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como consecuencia de las sentencias del TEDH dictadas contra España en los asuntos Puig Panella (2006) y Tendam (2010), el Tribunal Supremo español entendió¹² que, para atender a la jurisprudencia condenatoria del Tribunal de Estrasburgo sobre la materia, no podía seguir realizando una interpretación “expansiva” del art. 294 LOPJ que abarcase también la inexistencia subjetiva del hecho como supuesto indemnizable, pues -a juicio de nuestro TS-, suponía una indagación acerca de cuáles habían sido los motivos de la absolución: por inocencia probada –se había probado plenamente la no participación del inculpado en los hechos, lo que implicaba su absolución e indemnización-, o por simple falta de pruebas bastantes sobre su culpabilidad –que conducía igualmente a la absolución en aplicación del *in dubio pro reo*, pero que no daba derecho a la indemnización por la prisión provisional-. Y este tipo de valoraciones, una vez definitivamente absuelto el acusado, no eran conformes con el principio de presunción de inocencia, según había sido interpretado con toda rotundidad por el TEDH.

Nuestro Tribunal Supremo acometió entonces el –a su propio juicio- inevitable giro jurisprudencial a que obligaba la citada jurisprudencia del TEDH. Concretamente materializó estos cambios en dos sentencias de su Sala 3ª, ambas de 23 de noviembre de 2010¹³, que supusieron una vuelta a la estricta literalidad del art. 294 LOPJ: sólo sería indemnizable la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento si había quedado demostrada la inexistencia del hecho penalmente tipificado. Los supuestos de inexistencia subjetiva tendrían entonces que reconducirse a la previsión general del art. 293 LOPJ sobre el error judicial.

Así, entendió nuestro TS que el art. 294 LOPJ contemplaba un supuesto

12 Diversos análisis de las repercusiones de esta jurisprudencia del TEDH sobre nuestro TS pueden encontrarse en TIRADO ESTRADA, 2017: 18 y ss.; MARTÍN REBOLLO, 2012: 2955 y ss.; COBREROS MENDAZONA, 2012: 2797 y ss.; DEL SAZ, 2014: 93 y ss.; DOMÉNECH PASCUAL, 2015:10 y ss.; LOPEZ GUERRA, 2013: 151 y ss.: muy gráfico su título del epígrafe: “Respuesta *in peius* de los tribunales españoles”; DÍAZ FRAILE, 2017: 190 y ss., TAPIA FERNÁNDEZ, 2018: 6 y ss.; CAMPANER MUÑOZ, 2017: 2 y ss.

13 SSTS 6698/2010 y 6717/2010, de 23 de noviembre.

específico de error judicial que no requería la previa declaración del mismo –como sí sucede con el art. 293 LOPJ–y que el legislador entendía que tal “error” se revelaba directamente con la sentencia de absolución, o con el auto de sobreseimiento libre, cuando éstos se basan en la inexistencia del hecho imputado, y no de manera genérica con cualquier sentencia de absolución o sobreseimiento libre.

El TS argumentaba en los siguientes términos los motivos de su giro jurisprudencial -STS 6698/2010, FJ 4º, cursivas añadidas-:

“(…) siendo clara la improcedencia de una interpretación del precepto como título de imputación de responsabilidad patrimonial en todo supuesto de prisión preventiva seguida de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre y *descartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva*, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el TEDH en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuáles sean los motivos referidos por el juez penal, en esta situación, decimos, no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 LOPJ, acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre “*por inexistencia del hecho imputado*”, es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, (...)”

“Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, *pero ello resulta impuesto por la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que haya absolución.* (...)”

“Ha de añadirse que ello no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de dicho precepto, sino que con la modificación del criterio jurisprudencial

tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el art. 293 de la LOPJ”.

El TS concluyó que su interpretación no era sino consecuencia de los estrictos términos en que el legislador había establecido el título de imputación de responsabilidad patrimonial en el art. 294 LOPJ¹⁴, “(...) de manera que sería a través de una modificación legislativa como podría clarificarse y dar otro contenido y alcance a este título de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia previsto en el art. 294 de la LOPJ”.

Esta jurisprudencia de la Sala 3ª del TS, de 23 de noviembre de 2010, fue reproducida posteriormente en numerosas sentencias¹⁵, lo que desde luego permitió afirmar la existencia de una clara línea jurisprudencial restrictiva, que se extendió durante casi nueve años, hasta que la STC 85/2019, forzó el cambio en la interpretación y aplicación del precepto en cuestión.

A nuestro juicio, una posible explicación a tal jurisprudencia regresiva¹⁶ de la Sala 3ª del TS del año 2010 es que nuestro Alto Tribunal intentase, de esta manera drástica, forzar la que expresamente consideraba necesaria reforma del art. 294 LOPJ. Al derivar todos los supuestos de indemnización por inexistencia subjetiva al cauce previsto en el art. 293 LOPJ -muy difícil

14 Pero, ¿realmente era esta la única opción interpretativa del TS?, ¿no podría haberse asumido de alguna otra forma la jurisprudencia del TEDH?, ¿era totalmente inviable que el TS hubiese mantenido la indemnización también por la inexistencia subjetiva, ampliándola a todos los supuestos? Es decir, tanto para los casos de probada no participación del preso provisional en los hechos, como también para las absoluciones en aplicación del *in dubio pro reo*. De esa manera no hubiera sido preciso, en fase indemnizatoria, entrar en disquisiciones sobre si se había confirmado, o no totalmente, la presunción de no culpabilidad del sujeto que reclamaba la indemnización. Simplemente, se tendría en consideración que el tribunal penal había resuelto la absolución del sujeto, y que por tanto tal decisión penal podría dar lugar, como regla general, a una indemnización en sede administrativa por la prisión provisional sufrida. Debe considerarse además en apoyo de esa posibilidad que, como expondremos a continuación, el TC había admitido ambos supuestos indemnizatorios, tanto por inexistencia objetiva, como subjetiva. Por su parte, el TEDH no puso ninguna objeción a una posible interpretación amplia del 294 LOPJ, en el sentido indicado.

15 Puede consultarse una relación de estas en DÍAZ FRAILE, 2017: 198 y ss. Vid. también las que enuncia ARROYO JIMÉNEZ, 2013: 341.

16 LÓPEZ GUERRA, alude sin reparos al “efecto perverso” de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, por la “respuesta *in peius* de los tribunales españoles”, ya que el TS decidió “igualar por abajo”. LÓPEZ GUERRA, 2013: 139 y ss., esp. 151 y ss. Véase también COBREROS MENDAZONA, 2012: 2775 y ss.

de obtener, a la vista de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la declaración del “error judicial”- podría tener en mente el TS la posibilidad de que socialmente, quizás por la sucesión de casos con gran impacto mediático, se provocara definitivamente la modificación del art. 294 LOPJ para cubrir ambos supuestos.

De otro lado, aunque no se encontraban manifestaciones expresas al respecto, no podemos perder de vista que gran parte del problema que se planteaba entonces –y también hoy- en todo lo relativo a la indemnización de la prisión provisional del que resulta absuelto o su causa archivada, tiene un nada despreciable contenido económico, ya que ampliar los supuestos indemnizables supondría entonces –y ahora- una notable elevación del coste de tal partida indemnizatoria para las arcas públicas. Por tanto, entendemos, y no perdemos de vista, que el problema no era únicamente de dificultad teórica en la concreción jurisprudencial de los supuestos indemnizables, o de plasmación normativa de las concretas reglas indemnizatorias; el aspecto presupuestario no podía –ni puede- ser desdeñado.

A las dificultades antedichas debemos sumarle alguna más, para poder valorar en todas su extensión la complejidad del tema que nos ocupa.

No puede dejar de considerarse otro elemento relevante, como es el notable rechazo social que pueden causar situaciones como las que se producen cuando un acusado es absuelto, por ejemplo, por declaración de ilicitud probatoria del principal material incriminatorio en la causa –lo que ya de por sí suele ser complicado de entender y de aceptar por la ciudadanía cuando las evidencias que sustentan la incriminación son de envergadura...-, y además, se tiene que acordar una indemnización en sede administrativa, tal vez cuantiosa, por la prisión provisional padecida antes de la decisión judicial de absolución o archivo.

Desde luego no es cuestión sencilla de explicar a la ciudadanía, pero si estamos decididos a aplicar el principio de presunción de inocencia en toda su extensión, con todas las consecuencias, también en los procesos no penales directamente vinculados, parece que otra solución no es posible –así lo ha dicho finalmente nuestro TC-, por mucho que provoque cierto –o incluso mucho- “rechazo social”.

En todo caso, no podemos estar de acuerdo con la “solución” finalmente

alcanzada en estas SSTs de la Sala 3ª de 2010 y en todas las sucesivas hasta 2019, ni desde luego con la afirmación de que las situaciones en que se declarase la inexistencia subjetiva del delito quedarían “cubiertas” por la aplicación de lo dispuesto en el art. 293 LOPJ; es decir, por la remisión a los supuestos indemnizables a causa de “error judicial”.

Era ya entonces evidente que la inmensa mayoría de los supuestos no serían indemnizables por este cauce, ya que la prisión provisional no se habría acordado casi nunca mediando “error” en los estrictos términos en que lo define nuestra jurisprudencia¹⁷. Seguramente, la generalidad de los autos de prisión provisional se habrían dictado -y se dictan- cumpliendo todos y cada uno de los presupuestos y requisitos normativos; y desde luego, la absolución del acusado o el archivo de la causa no convierte en errónea la petición de prisión provisional que formuló la acusación, ni la correlativa decisión judicial acordándola.

Por lo tanto, las situaciones de absolución por inexistencia subjetiva quedaron *de facto* generalizadamente sin indemnización a lo largo de todos estos años, lo que venía a repeler la más básica idea de justicia e igualdad.

III.4.- PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA MATERIA.

Particularmente como consecuencia de esa jurisprudencia restrictiva del Tribunal Supremo asentada a partir del 23 de noviembre de 2010, algunas de las personas absueltas tras haber sufrido prisión provisional, acudieron en amparo ante el Tribunal Constitucional para tratar de ver así reparados sus derechos.

17 Vid. por ejemplo el ATS 100/2019, de 14 de enero, resolución en la que precisamente se inadmitieron a trámite sendas demandas de indemnización por error judicial en supuestos de prisión provisional acordada en fase de Diligencias Previas, en relación con unos sospechosos que finalmente resultaron absueltos: FJ 5º: “La decisión de prisión preventiva ha de ser analizada desde una perspectiva *ex ante*, y no *ex post* (...)”. Es decir, se tratará de dilucidar si en aquellos momentos iniciales de la instrucción con los elementos de que se disponía y atendidas todas las circunstancias entonces concurrentes era procedente o no decretar la prisión preventiva. Además, no bastará con concluir que quizás no debiera haberse decretado. *Habrà que demostrar que se acordó de forma claramente equivocada*”. FJ 6º: “En ninguna forma podría hablarse de error judicial en la decisión inicial de prisión preventiva analizada dados los estándares que han de manejarse para llegar a esa evaluación. *Sería preciso que la aplicación de la norma fuese disparatada, extravagante o desprovista de todo fundamento legal y doctrinal*” –cursivas añadidas-.

Los principales pronunciamientos de nuestro TC al respecto, antes de la STC 85/2019, los encontramos en las SSTC 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero¹⁸; resumiremos a continuación lo más relevante de estas resoluciones.

STC 8/2017, de 19 de enero, del Pleno:

El demandante de amparo había sido absuelto de un delito contra la salud pública, por el que había estado sujeto a prisión preventiva más de un año. Tras numerosos análisis de las sustancias aprehendidas, no se pudo determinar su naturaleza, ni si dicho producto podía causar grave daño a la salud. Éste presentó ante el Ministerio de Justicia reclamación indemnizatoria por la vía del art. 294 LOPJ, que le fue denegada. Tal resolución fue objeto de recurso contencioso-administrativo, alegando que había sido absuelto por inexistencia objetiva del hecho –análisis negativo a la presencia de estupefacientes-. La Audiencia Nacional desestimó el recurso y confirmó la resolución recurrida, esencialmente porque la absolución dictada en su día por la Audiencia Provincial se produjo por insuficiencia de la prueba de cargo –se plantearon además serias dudas en relación con la cadena de custodia de las muestras obtenidas-, por lo que en aplicación del principio “*in dubio pro reo*”, el acusado resultó absuelto.

Esta sentencia se recurrió en casación ante la Sala 3ª del TS, y también dicho recurso fue desestimado, sucintamente por las siguientes razones: la absolución del recurrente se produjo, no por inexistencia del hecho imputado, sino por falta de prueba respecto de la concurrencia de todos los requisitos del tipo penal, lo que no significa que el hecho no existiera, sino que el Tribunal tuvo dudas razonables y procedió a absolver al recurrente. El TS le recordó entonces al recurrente que quedaba abierta la vía del art. 293.2 LOPJ.

Finalmente, el absuelto interpuso recurso de amparo frente a la resolución de la Sala 3ª del TS, alegando vulneración del principio de presunción de inocencia, art. 24.2 CE –no deben existir diferencias entre una sentencia

18 Conviene llamar la atención sobre el hecho de que el 16 de febrero de 2016 el TEDH dictó sentencia en los asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España -antes analizada-, la cual confirmó sustancialmente los pronunciamientos previos del Tribunal de Estrasburgo en los asuntos Puig Panella y Tendam, también contra España, en 2006 y 2010, respectivamente.

absolutoria por falta de pruebas y otra resultante de la constatación de la inocencia de la persona-; además, por vulneración del derecho a la libertad, del principio de legalidad y de seguridad jurídica de los arts. 17 y 25.1 CE – falta de certeza jurídica sobre los supuestos de indemnización tras sentencia absolutoria-; y también por vulneración del derecho a ser indemnizado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, reconocido en los arts. 106.2 y 121 CE.

El Pleno del TC recabó para sí el conocimiento de este recurso de amparo, apreciando que concurría *especial trascendencia constitucional* –art. 50.1 LOTC-, porque el recurso “se refiere a una faceta del derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no hay doctrina de este Tribunal Constitucional, como es la eficacia del derecho a la presunción de inocencia –art. 24.2 CE- en los procedimientos administrativos y contencioso-administrativos seguidos por responsabilidad del Estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –asuntos Puig Panella, Tendam y Vlieeland Boddy y M. Lanni c. España-“.

Antes de entrar a analizar el motivo alegado sobre infracción del derecho a la presunción de inocencia, el TC estimó oportuno exponer su doctrina sobre el régimen de responsabilidad patrimonial fundado en error judicial o, más genéricamente, en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, así como la doctrina del TEDH al respecto.

Así, el TC recuerda en esta sentencia que los arts. 106 y 121 CE emanan del más general principio de responsabilidad de todos los poderes públicos –art. 9.3 CE-, que han de ser calificados como “derechos de configuración legal, por deferir a la Ley su regulación”. La LOPJ desarrolló el art. 121 CE en los supuestos de responsabilidad patrimonial por error judicial –art. 293 LOPJ- y por prisión preventiva –art. 294 LOPJ-. En ambos casos, esta Ley Orgánica no contiene una definición de error judicial, “convirtiéndolo así en un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción ha de hacerse casuísticamente, en el plano de la legalidad, por los jueces y tribunales”.

Entrando ya a analizar el concreto supuesto de inexistencia objetiva y el motivo de absolución en aplicación del “*in dubio pro reo*”, que está en el origen del recurso de amparo, el TC entiende que la decisión de la Sala 3ª TS ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, “pues emite

sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues *para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia*". "En suma, se aprecia la vulneración del principio de presunción de inocencia invocado, pues a la luz de la doctrina del TEDH, el razonamiento de la sentencia que constituye el objeto de este recurso cuestiona y pone en duda la inocencia del demandante". La STS de la Sala 3ª, por la motivación empleada o por el lenguaje utilizado, cuestiona la inocencia del demandante, igual que sucedía en los asuntos Puig Panella y Tendam, por ello en este caso, siguiendo además la entonces reciente STEDH Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España, se menospreció la presunción de inocencia.

Concluye finalmente el TC que la decisión judicial recurrida en amparo *"refleja la sensación de que sí hubo conducta delictiva cometida por el recurrente"*.

El amparo fue entonces estimado con base en el art. 24.2 CE, y se ordenó la retroacción de actuaciones al momento anterior al dictado de la STS, "para que se resuelva nuevamente la cuestión planteada, sin introducir dudas sobre la culpabilidad del recurrente y su derecho a dicha presunción de inocencia".

STC 10/2017, de 30 de enero:

El recurrente en amparo fue condenado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autor de un delito de pertenencia a banda armada. El TS estimó el recurso de casación y le absolvió, básicamente, por no apreciarse que hubiera decidido o aceptado el recurrente participar de alguna forma en la imposición de ideas fundamentalistas mediante la violencia terrorista. El absuelto presentó ante el Mº de Justicia reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial del Estado invocando el art. 294 LOPJ, por la prisión provisional de 1.270 días que había padecido, habiendo sido finalmente absuelto de todos los cargos.

La Directora General de Relaciones con la Administración de Justicia dio

traslado de la reclamación formulada al Consejo de Estado¹⁹, quien emitió dictamen entendiendo que la absolución se basó en que la prueba que obraba en autos era insuficiente para apreciar la existencia del delito, “y no, por el contrario, en que los acusados estuviesen nítidamente desvinculados de los hechos que se les imputaron”, por lo que llegó a la conclusión de que no se daban los presupuestos del art. 294 LOPJ. El Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro, resolvió desestimar la reclamación, reproduciendo los argumentos del Consejo de Estado.

Contra esas decisiones interpuso el demandante recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, invocando la doctrina del TEDH en el asunto Tendam: “no debe existir ninguna diferencia entre absolución basada en ausencia de pruebas y absolución que deriva de la constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona”, motivo por el que, a juicio del recurrente, se debe generar el derecho a la indemnización reclamada.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso y consideró que el art. 294 LOPJ no era aplicable al caso, pues el actor fue absuelto del delito de integración en organización terrorista, porque la prueba que constaba en los autos era insuficiente para apreciar el citado delito, no por inexistencia objetiva del hecho, “*siendo otros imputados condenados en la misma causa por el delito de integración en banda terrorista*” –sic-.

Por su parte, el TC vino a resolver lo siguiente sobre la alegada por el recurrente vulneración del derecho a la presunción de inocencia, contenido en el art. 24.2 CE:

La vulneración de este derecho fundamental no procede de la decisión de denegar la indemnización, “sino de la *argumentación* en la que la decisión denegatoria se funda, argumentación en la que no puede deslizarse ninguna sombra de duda sobre la inocencia del solicitante establecida en la resolución penal firme”.

El procedimiento resarcitorio de art. 294 LOPJ es un “verdadero procedimiento *ex novo* sobre la concurrencia del presupuesto fáctico que

19 Recordemos que los dictámenes del Consejo de Estado son preceptivos cuando la cantidad reclamada como indemnización supera los 50.000 euros -vid. art. 81.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común.

determina legalmente el derecho a la indemnización (procedimiento que puede estar regido por un estándar probatorio²⁰ distinto del que caracteriza al proceso penal)”, si bien existe el “riesgo cierto de que la autoridad del Estado concernida en dicho procedimiento realice consideraciones sobre la absolución penal recaída que sean contrarias a la presunción de inocencia del individuo absuelto”.

El derecho a la presunción de inocencia se proyecta sobre cualquier autoridad del Estado, no sólo la judicial. Por tanto –prosigue nuestro TC-, también la Administración que deniega la solicitud de indemnización puede incurrir en la violación del derecho fundamental del art. 24.2 CE si utiliza una *argumentación* que siembra dudas sobre la condición de inocente del ciudadano penalmente absuelto.

Sentadas estas cuestiones, el TC decide estimar el recurso de amparo por remisión a lo resuelto por el Pleno en la STC 8/2017, de 19 de enero, por la identidad entre ambos supuestos. Las resoluciones impugnadas denegaron la indemnización porque la absolución decretada en el proceso penal se basó en la insuficiencia de pruebas para generar la convicción sobre la responsabilidad criminal más allá de toda duda razonable. Y al operar así las resoluciones administrativas y la resolución judicial que las confirma, cuestionan la inocencia del demandante.

Por tanto, las decisiones recurridas en el proceso constitucional –concluye el TC- “suscitan dudas sobre la inocencia del demandante, razón por la que deben ser anuladas a efectos de que sean sustituidas por otras compatibles con el derecho del actor a la presunción de inocencia”. El TC ordenó la retroacción de actuaciones al momento anterior al dictado de la

20 Partidarios de establecer distintos estándares de prueba para condenar y para indemnizar ya se mostraron varios administrativistas. Entre otros, G. DOMÉNECH PASCUAL, 2015: 24 y ss. Por cierto, llama la atención que el autor se refiera a la indemnización de “culpables” –vid. esp. p. 30- cuando en realidad se trata de sujetos que padecieron prisión provisional y finalmente fueron *absueltos* por el juez penal; esto es, de personas declaradas “no culpables” de los hechos delictivos de los que se les acusaba. Tampoco podemos compartir opiniones como esta que DOMÉNECH expresa en p. 31: “(...) establecer un estándar para condenar y otro más bajo para denegar indemnizaciones resulta beneficioso para la reputación de las personas a las que el Estado compensa porque su inocencia ha quedado acreditada, (...) consiguen de esa manera limpiar en gran medida esa mancha –haber pasado por el banquillo-”. Concluye el autor –vid. p. 35- que no todas las personas absueltas deben ser indemnizadas, “sino sólo aquellas cuya inocencia ha quedado *suficientemente demostrada*”. Vid. también, en parte en esta misma línea argumental, MEDINA ALCOZ y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2019: 1 y ss., esp. 16 y ss.

resolución del Secretaría de Estado de Justicia, “para que resuelva de nuevo sobre la resolución planteada sin introducir dudas sobre la culpabilidad del recurrente y su derecho a dicha presunción de inocencia”.

A la vista de estas dos sentencias analizadas, resulta evidente –a nuestro juicio- que en 2017 el Tribunal Constitucional no se atrevió a dar el paso definitivo en la materia, el que finalmente sí dio en junio de 2019.

Visto globalmente el contenido de estas SSTC 8/2017 y 10/2017, podría deducirse que sólo es cuestión de atinar con la terminología empleada, con la concreta forma de la motivación, con lo que se dice y con lo que no se dice, de tal manera que si la Secretaría de Estado de Justicia lograra esquivar referencias a las dudas sobre la no culpabilidad del sujeto absuelto, la constitucionalidad de la decisión denegatoria de la indemnización estaría salvada, “bien resuelta” a juicio del TC, pues no habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Eso sí, nótese bien que el absuelto se quedaría igualmente sin reparación económica por la prisión provisional padecida, conclusión esta que no podemos suscribir.

Un año y medio después de estas sentencias, el Pleno de nuestro Tribunal Constitucional se planteó la cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del controvertido art. 294.1 LOPJ. Veremos a continuación en qué términos la formuló, a raíz de la interposición y admisión a trámite de un recurso de amparo.

Auto TC 79/2018, de 17 de julio:

El Sr. Saad interpuso recurso de amparo contra la sentencia de 24 de mayo de 2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Secretario de Estado de Justicia, denegatoria de la indemnización solicitada por haber sufrido prisión provisional -358 días- y ser absuelto posteriormente de todos los cargos por la Audiencia de Barcelona.

Tal resolución de la Audiencia Provincial afirmaba que: “Estamos ante un supuesto de prisión preventiva seguida de Sentencia absolutoria sin que

se haya acreditado la total desconexión de la reclamante respecto de los delitos que se le imputaban. Por otra parte, tampoco la Sentencia (penal) declara la inexistencia de los hechos imputados, requisito fijado por el art. 294 LOPJ”.

El demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo alegando funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, entendiendo que era aplicable el art. 294 LOPJ por inexistencia subjetiva, es decir, por su no participación en los hechos imputados. Denunció que la resolución administrativa impugnada vulneraba su derecho a la presunción de inocencia, su derecho a la igualdad y el art. 5.5 CEDH –derecho a la reparación por detención contraria a lo dispuesto en el propio art. 5-.

La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional desestimó tal pretensión, con base en el cambio jurisprudencial del TS en las sentencias de 23 de noviembre de 2010, confirmadas después por otras sentencias del Tribunal Supremo, afirmando que el art. 294 LOPJ contempla sólo los supuestos de inexistencia objetiva del hecho, que no era el caso, pues la Audiencia de Barcelona declaró la existencia del delito de homicidio en grado de tentativa y lesiones, absolviendo por la no acreditación de la participación de los acusados; concretamente, por insuficiencia de la prueba de cargo. La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional entendió que la pretensión se tendría que haber canalizado a través del art. 293 LOPJ.

El recurrente en amparo denunció que la sentencia Audiencia Nacional había vulnerado sus derechos a la libertad y seguridad –art. 17 CE-, a la igualdad, por la diferencia de trato entre inexistencia objetiva y subjetiva –art. 14 CE- y a la presunción de inocencia como regla de tratamiento que opera también en el ámbito administrativo –art. 24.1 CE y 6.2 CEDH-, así como la obligación de indemnizar establecida en el art. 5.5 CEDH, suplicando entonces que se declarase su nulidad y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado.

El Pleno del TC acordó recabar para sí el conocimiento de este recurso de amparo, y oír a las partes personadas y al MF sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el fondo de ésta, concretamente “respecto de si los incisos del art. 294.1 LOPJ *por inexistencia del hecho imputado, por esta misma causa* pueden resultar contrarios a los derechos a la libertad personal (art. 17 CE), a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción

de inocencia (art. 24.2 CE), al vincular el derecho a la indemnización por prisión preventiva sólo a los supuestos en que la resolución penal determina la inexistencia del hecho imputado”. Veamos a continuación cuáles fueron, en esencia, los Fundamentos Jurídicos de este ATC 79/2018, de 17 de julio, por el que nuestro Tribunal Constitucional se planteó finalmente dicha cuestión.

En primer lugar, se fundamenta en lo dispuesto en el art. 55. 2 LOTC: el demandante de amparo imputa a las resoluciones impugnadas –sentencia de la Audiencia Nacional y resolución del Secretario de Estado de Justicia, ambas denegatorias de la indemnización por la prisión provisional sufrida por el absuelto- la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad, art. 17 CE, a la igualdad, art. 14 CE y a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE.

Entendió el Pleno del TC en este Auto, que no estaríamos ante un supuesto idéntico o sustancialmente análogo a los resueltos en las SSTC 8/2017 y 10/2017, pues el recurso de amparo que ahora se examinaba ampliaba el contenido impugnatorio a los derechos a la libertad y a la igualdad y, además, planteaba la lesión del derecho a la presunción de inocencia en términos y en un contexto de partida distintos, “pues se trata de un supuesto encuadrable en la llamada *inexistencia subjetiva* del hecho y su exclusión del alcance indemnizatorio del art. 294 LOPJ”.

En la medida en que el origen de las lesiones denunciadas en amparo se halla en la norma legal –prosigue el TC-, en concreto, en los incisos que fijan el ámbito indemnizable por vía del art. 294 LOPJ, “por referencia a que la resolución penal de no condena se asiente en la inexistencia del hecho imputado y no en otra causa, resulta procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto a tal especificación del art. 294 LOPJ”.

Además, destaca el TC que ha de ponerse en primer plano que este recurso de amparo fue admitido a trámite al apreciar que concurría en él especial trascendencia constitucional (art 50.1 LOTC), “porque *da ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna*, en relación con el fundamento constitucional de la indemnización por prisión preventiva en el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE)”- cursivas añadidas-.

Añade finalmente el Tribunal Constitucional que, aunque existe la vía del error judicial del art. 293 LOPJ, “la particularidad del art. 294 LOPJ estriba en que atiende a supuestos de privación *legítima* de libertad (...) que no constituyen error judicial al uso, de modo que al menos en relación con tal constelación de prisión provisional regular –que es la adecuada normativamente y la habitual estadísticamente-, la limitación del ámbito indemnizable en función de las razones de la absolución procede en exclusiva del precepto legal que le da cobertura”. Y esa selección de supuestos indemnizables en el art. 294 LOPJ mediante los incisos “por inexistencia del hecho imputable” y “por esa misma causa” puede dejar fuera otros que debieran serlo con fundamento en las exigencias constitucionales para privar de libertad cautelarmente a una persona (art. 17 CE), incidiendo igualmente en el ámbito de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al ofrecer un trato diferenciado en función de los motivos por los que no se acuerda la condena en el proceso penal (art. 14 CE). En consecuencia, “corresponde plantear la oportuna cuestión interna de constitucionalidad”, concluyó nuestro TC en este Auto 79/2018.

Resumiremos a continuación los principales pronunciamientos contenidos en esta STC 85/2019, de 19 de junio, del Pleno²¹, que vino a dar respuesta, casi después de un año, a la citada autocuestión de inconstitucionalidad sobre los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del art. 294 LOPJ, por posible vulneración de los arts. 17, 14 y 24.2 CE²².

En primer lugar, se destaca en la sentencia que se está abordando la indemnización de supuestos de prisión preventiva constitucionalmente legítimos, es decir, que obedecen a “*decisiones judiciales irreprochables*”, ya que se daban los presupuestos y requisitos para la adopción de esta medida cautelar en el proceso penal. “No existe, pues, ni error²³ del órgano judicial que acuerda la prisión preventiva, ni funcionamiento anormal en su comprensión habitual”.

21 Ponente D. Fernando Valdés Dal-Ré. La sentencia se acompaña de dos votos particulares firmados por tres de los magistrados integrantes del Tribunal.

22 Esta sentencia ha sido comentada ya por RODRÍGUEZ RAMOS, 2019; MEDINA ALCOZ, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2019; MANZANARES SAMANIEGO, 2020.

23 Por lo demás, el art. 293 LOPJ se muestra claramente inidóneo a estos efectos, y esta vía del “error judicial” se ha revelado a todas luces ineficaz en la práctica, destacaba el TC.

El hecho de que después el imputado resulte absuelto, o ni siquiera sea finalmente acusado y enjuiciado, no resta corrección a la medida adoptada, que vendrá dada por lo conocido por el juez en el momento de su adopción. No puede enjuiciarse *ex post* la corrección de la decisión judicial de acordar la prisión provisional, con base en circunstancias que no existían o no pudieron conocerse en el momento de su adopción. La decisión final no condenatoria no obsta a la legitimidad de la medida, que podrá seguir siendo considerada “prisión preventiva lícita”.

En consecuencia, el TC entiende que las razones por las que ha de ser indemnizado aquel que ha padecido esta medida cautelar personal de forma lícita, han de ser otras. Concretamente, concluye que la finalidad del art. 294 LOPJ es la “*compensación del sacrificio legítimo impuesto en aras del interés general*”, de un interés público prevalente, que sería evitar ciertos riesgos relevantes para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o para protección de la sociedad en general.

En cuanto a la diferencia de trato indemnizatorio contenida en el art. 294 LOPJ, en función de si la absolución o el sobreseimiento fue por inexistencia del hecho imputado o por otras razones –como pueden ser la insuficiencia de pruebas de cargo, o la concurrencia de causa de justificación–, concluye el TC que no responde a una finalidad objetivamente justificada y razonable, por lo que tal distinción resulta desproporcionada en sus consecuencias, de un carácter gravoso extraordinario, y en definitiva, se vulnera el principio de igualdad ante la ley –art. 14 CE–.

Por lo que respecta a la concreción del “mecanismo solidario de reparación”, el legislador tiene amplio margen para determinar la competencia, tipo de procedimiento, aspectos cuantitativos, criterios cualitativos para la evaluación del daño, valoración de la conducta del afectado, etc., pero no podrá discriminar en función de los motivos de la absolución. “*Resulta incomprensible circunscribir los supuestos indemnizables a aquellos en que la absolución o el sobreseimiento obedecen a la inexistencia del hecho imputado, que además ha debido probarse en el proceso penal. El sentido resarcitorio de la disposición es ajeno al dato de si la ausencia de condena se debe a que no existió el hecho, resultaba atípico, no concurre conexión de autoría o participación, no se alcanzó a probar más allá de toda duda razonable los anteriores extremos o a si concurre*

legítima defensa u otra circunstancia eximente. Ninguna de las anteriores circunstancias incide y, por tanto, hace decaer la finalidad de compensar el sacrificio del privado de libertad". El mecanismo de reparación del sacrificio ha de activarse en todos esos casos, concluye el TC.

En lo que específicamente afecta a la presunción de inocencia, recuerda nuestro TC su jurisprudencia acerca de este derecho como "regla de tratamiento aplicable en procesos posteriores, pero vinculados a un proceso penal", en la cual se acoge tal dimensión del derecho según ha sido configurada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y cuya finalidad es evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten a las personas que han sido absueltas de cargos penales o cuyos procesos han sido sobreseídos como si fueran culpables de la acusación formulada en su contra.

Aclara también el TC que, tan respetuoso con el art. 24.2 CE sería un sistema automático de indemnización, como uno que la excluyera sin excepción, del mismo modo que el art. 6.2 CEDH no otorga derecho a una indemnización por prisión provisional adoptada legalmente. Ahora bien, una vez reconocido el derecho a ser indemnizado, si se hace de forma selectiva, "el propio criterio de selección puede introducir dudas sobre la inocencia del procesado no condenado", y más precisamente "cuando se diferencia a efectos compensatorios entre la prueba de la inocencia y la falta de prueba suficiente de la culpabilidad".

Y esto es lo que sucede en el art. 294 LOPJ, que los incisos cuestionados obligan a examinar las razones en que se basa la decisión de no condenar o de sobreseer el proceso penal: probada inexistencia objetiva del hecho –único supuesto expresamente indemnizable- y el resto de supuestos, lo que no resulta compatible con el art. 24.2 CE, porque en definitiva se utilizarán argumentos que sembrarán dudas sobre la culpabilidad del sujeto absuelto, del demandante de la indemnización.

En conclusión, los incisos "por inexistencia del hecho imputado" y "por esa misma causa" contenidos en el art. 294 LOPJ, conculcan también el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Lo anteriormente expuesto condujo a nuestro Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de tales incisos, lo que hacía

innecesario –entendió el TC- pronunciarse sobre si además se había vulnerado el derecho a la libertad del art. 17 CE.

La redacción resultante del art. 294 LOPJ, una vez excluidos los mentados incisos, sería la siguiente: “*Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido una prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios*”.

No obstante, aunque el precepto así depurado permitiría sostener que la prisión provisional, cuando el proceso penal concluye con absolución o sobreseimiento libre, daría lugar a una indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos, destaca el TC finalmente que “Antes bien debe entenderse que los presupuestos y el alcance de la indemnización previstos en el art. 294.1 LOPJ habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales”. De esta manera –explica el Tribunal- se respetan los márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que afecta al *quantum* indemnizatorio, o incluso se puede rechazar en el caso concreto el derecho a una indemnización en aplicación de criterios propios del Derecho general de daños, como pueden ser la *compensatio lucri cum damno* o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima.

Una vez expuestos los aspectos esenciales de esta trascendente STC 85/2019, cabe hacer también una mención, siquiera breve, a la posterior STC 125/2019, de 30 de octubre, que es la sentencia que precisamente estimó el amparo como consecuencia de lo resuelto por el Pleno en la STC 85/2019, de 19 de junio.

Según se ha expuesto, el 3 de julio de 2012 el aludido Sr. Saad interpuso recurso de amparo contra la sentencia de 24 de mayo de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso interpuesto contra la resolución del Secretario de Estado de Justicia, denegatoria de la indemnización solicitada. Dicha sentencia de 24 de mayo de 2012, conforme al criterio jurisprudencial entonces vigente sobre la interpretación del art. 294 LOPJ, entendió que no se estaba ante un supuesto de inexistencia objetiva del hecho, pues la Audiencia Provincial

de Barcelona declaró la existencia de los delitos de homicidio en grado de tentativa y de lesiones, si bien la participación de los acusados en los hechos probados no se llegó a acreditar por insuficiencia de las pruebas de cargo.

El recurrente denunció en su demanda de amparo ante el TC que tal sentencia de la Audiencia Nacional había vulnerado sus derechos a la libertad y seguridad –art. 17.1 CE-, a la igualdad –art. 14 CE- y a la presunción de inocencia –art. 24.2 CE y art. 6.2 CEDH-, así como la obligación de indemnizar del art. 5.5 CEDH, solicitando que se declarase su nulidad y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado. Según se ha expuesto, nuestro Tribunal Constitucional admitió a trámite el amparo al estimar que la causa revestía “especial trascendencia constitucional” –art. 50.1 LOTC-, a la vez que el recurso daba ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su jurisprudencia.

Finalmente, nuestro Tribunal Constitucional resolvió este asunto estimando el amparo que demandaba el Sr. Saad, con una remisión directa –como es lógico- a los argumentos contenidos en la propia la STC 85/2019 y, conforme solicitaba el demandante, acordó retrotraer las actuaciones, pues aunque en efecto se habían declarado vulnerados los arts. 14 y 24.2 CE, no podía el TC resolver el fondo del asunto ventilado ante la jurisdicción ordinaria. Se recuerda además que, ni de dicha STC 85/2019, ni del tenor resultante del art. 294.1 LOPJ, puede deducirse que cuando el proceso penal concluya con un pronunciamiento de absolución o de sobreseimiento libre, ello pueda dar lugar a indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos.

Por tanto, el otorgamiento del amparo se limitó a reconocer el derecho del recurrente a que la decisión sobre la solicitud de su indemnización se adopte de acuerdo con los derechos tutelados en los arts. 14 y 24.1 CE. En consecuencia, la retroacción debía remontarse al momento anterior al dictado de la resolución del Secretario de Estado de Justicia de 11 de mayo de 2011, que denegó la indemnización y originó la lesión de los mentados derechos fundamentales a la igualdad y a la presunción de inocencia, para que de esta manera la Administración pudiera resolver de nuevo la reclamación presentada conforme a lo decidido en la STC 85/2019, y en esta misma sentencia estimatoria del amparo.

Después de esta STC 125/2019, de 30 de octubre, se han dictado ya un buen número de sentencias en el mismo sentido; esto es, estimando el amparo y ordenando la retroacción de las actuaciones, en los términos expuestos. Pueden mencionarse especialmente hasta doce sentencias del Tribunal Constitucional, todas ellas de fecha 16 de diciembre de 2019, que van del número 162/2019, hasta la 175/2019.

Los argumentos de la estimación han sido siempre los mismos, con fundamento en una remisión directa a lo resuelto en las SSTC 85/2019 y 125/2019, por lo que es posible referirse ya a una jurisprudencia claramente consolidada en este sentido.

III.5. - LA APLICACIÓN POR LA SALA 3ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Con fecha 10 de octubre de 2019 se dictó la primera sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que ha tenido ocasión de seguir la nueva senda jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional en la referida STC 85/2019.

Resumiremos a continuación los aspectos más relevantes de esta STS 1348/2019, que decidió un recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, la cual desestimó parcialmente la solicitud de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

La Audiencia Nacional sí estimó en su día la pretensión relativa a la reparación por las dilaciones indebidas padecidas por el recurrente, condenando al Ministerio de Justicia a pagarle 6.750 euros, pero desestimó la pretensión de éste en lo relativo a la indemnización de la prisión provisional -351 días-, por considerar que no era aplicable el art. 294 LOPJ, al tratarse de un supuesto de inexistencia subjetiva –absolución de un delito de violación por aplicación del principio de presunción de inocencia-, y ser el cauce procedente entonces el previsto en el art. 293 LOPJ, el del error judicial.

Pues bien, a la hora de resolver este recurso de casación, era preciso ya “partir de un hecho sumamente trascendente” –destacaba la Sala

3ª TS-, como era la estimación por mayoría de la cuestión interna de inconstitucionalidad sobre los dos incisos del art. 294 LOPJ, por vulneración de los arts. 14 y 24.2 CE. En efecto, el TC había afirmado ya con toda claridad que no había motivo para diferenciar entre absueltos por hechos que nunca existieron y absueltos por falta o insuficiencia de pruebas sobre hechos delictivos que sí han existido, aunque también había manifestado que de su sentencia –del TC- “no debe derivarse la conclusión de que la indemnización es automática y en todos los supuestos”, destacaba a su vez el Tribunal Supremo.

Llegado el momento de justificar el *quantum* indemnizatorio, el demandante afirmaba tener derecho a recibir un total de 140.040 euros -400 euros / día, por 351 días de prisión provisional-.

Por su parte, el Tribunal Supremo destacó lo siguiente, respecto de la previsión contenida en el art. 294.2 LOPJ en relación con los supuestos de prisión preventiva indebida: “la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido”, recordando a la vez la Sala 3ª el desarrollo jurisprudencial que se había venido haciendo de ese precepto, estableciendo así las “pautas que sirven de orientación a fin de lograr un trato equitativo en cada caso y evitar desigualdades en la indemnizabilidad de los referidos perjuicios”.

En primer lugar, se identifican los posibles daños que puede conllevar la prisión preventiva: perjuicio moral, desprestigio social, ruptura con el entorno, angustia, ansiedad, inseguridad, frustración, temor, etc.

Además, destaca la Sala 3ª del TS que, naturalmente, la indemnización ha de aumentar cuanto mayor sea el tiempo de privación de libertad, pero también ha de hacerlo “a una tasa creciente”; es decir, ha de ser progresiva, pues el perjuicio se agrava de manera gradual.

Son relevantes también otras circunstancias, y por tanto han de ser consideradas, como son la edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios, probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho, así como la huella que hubiera podido dejar la prisión en la personalidad o conducta de quien la ha padecido.

Finalmente, siguiendo en este punto también la doctrina del TEDH, la Sala 3ª del TS añade que ha de valorarse también el lucro cesante, y en general los efectos económicos gravosos de permanecer en prisión. Otros aspectos como posible enfermedad física o psíquica consecuencia de la prisión, o la existencia de personas a su cargo, hijos menores, etc., también habrán de ser tenidos en cuenta en la determinación del montante indemnizatorio que la Administración ha de satisfacer.

Por lo demás, es presupuesto de la fijación de la concreta cuantía por la Sala, que la parte demandante cumpla con la obligación que le corresponde de acreditar los daños y perjuicios que se alegan efectivamente causados por la prisión provisional. Es decir, es la parte reclamante quien tiene la carga de aportar los datos y circunstancias concurrentes que han de servir para determinar los daños que efectivamente se le han causado.

En el caso de autos, el demandante solicitaba una cantidad fija por día de privación de libertad, y alegaba tan solo dos datos a considerar: su edad -31 años- y la carencia de antecedentes penales. No hacía otras referencias respecto de circunstancias personales o laborales, ni éstas se podían deducir del expediente. Por tanto, concluyó la Sala 3ª, sólo puede ser considerado el tiempo de duración de la prisión provisional, y el “carácter más o menos afrentoso del delito imputado, en este caso un delito de violación”.

El TS destaca además en su resolución que en este supuesto, en el que el recurrente ya había sido indemnizado por dilaciones indebidas con 6.000 euros, tal cantidad ya toma en consideración “el retardo en la tramitación procesal del asunto”, retraso que a su vez provocó una mayor duración de la prisión provisional. De esta manera –indicaba el TS-, al haberse indemnizado las dilaciones, para evitar duplicidades, habrá que tenerlo en cuenta al establecer el “*quantum* indemnizatorio”.

Partiendo de todas estas consideraciones, la Sala 3ª del Tribunal Supremo decidió estimar parcialmente el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 octubre 2018 –la cual había desestimado plenamente la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado-, fijándose a tal efecto, y a falta de otros elementos que acreditaran mayores daños, una indemnización de 3.000 euros²⁴, más el interés legal,

24 Muestra su sorpresa MANZANARES SAMANIEGO, 2020: 6 y ss., por el hecho de que el Tribunal Supremo, después de recordar su jurisprudencia sobre todas las pautas y criterios que han de

por los 351 días de prisión provisional que había padecido el acusado finalmente absuelto. Si realizamos la correspondiente división, el día de prisión provisional se indemnizó en este caso a 8,5 euros; recordemos que era una persona joven, sin antecedentes, y que fue acusada y absuelta de un delito de violación.

Sin tener en cuenta otros posibles datos –que el demandante no aporta y que el TS dice no poder valorar por sí mismo...-, estimamos que, a la vista de las circunstancias sí conocidas, la indemnización debería haber sido mayor, en este caso y en los casos similares a este. El hecho de que “una parte” de la indemnización se entienda por el TS canalizada a través de la reparación de las dilaciones indebidas, no mejora mucho la opinión que nos merece el escasísimo montante indemnizatorio recibido por el absuelto.

En fin, aunque jurisprudencialmente se amplíe la interpretación y aplicación que debe hacerse del art. 294 LOPJ –por mandato del TC-, si en la concreta cuantificación de la reparación o compensación se opera con parámetros a nuestro juicio bajísimos, resulta que *de facto* siguen sin tutelarse suficientemente los efectos *ad extra* del derecho fundamental a la presunción de inocencia²⁵. Se reconoce el derecho sobre el papel, pero no lo bastante sus efectos prácticos sobre los titulares del mismo.

orientar la equidad en la determinación de la indemnización de los perjuicios padecidos por el preso provisional, “termine fijando una cifra en números redondos -3.000 euros- y a tanto alzado, aunque no se utilice tal expresión. El tanto alzado equivale a lo que coloquialmente se entiende como *a ojo de buen cubero*. Es dudoso que esta fórmula responda a nuestras exigencias constitucionales y legales”. Compartimos esta conclusión y el resto de valoraciones que al respecto formula el citado autor en su trabajo.

- 25 Como con acierto destaca DOMÉNECH PASCUAL, en otros asuntos en los que la indemnización otorgada al preso provisional fue también “anormalmente magra” se ha observado una nota común: la absolución de los acusados que sufrieron prisión provisional se produjo como consecuencia de la anulación judicial de las pruebas incriminatorias, por haber sido éstas obtenidas ilícitamente, con vulneración de derechos fundamentales. Así, cita el autor, entre otras, una STS Sala 3ª, Secc. 6ª, de 14-2-2007, en la que al actor, tras permanecer 705 días en prisión provisional y ser absuelto tras anularse la prueba de cargo –hallazgo de estupefacientes en habitación de hotel sin previa autorización judicial-, se le concedieron 6.000 euros de indemnización. Afirma DOMÉNECH que es posible que en el momento de fijar la compensación, los magistrados del TS “fueran incapaces de borrar totalmente de su mente la existencia de elementos probatorios que acreditaban la culpabilidad de los acusados, por muy nulos que aquéllos hubieran sido declarados”. Vid. DOMÉNECH, 2017: 519 y ss., esp. 535.

IV.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS RELATIVAS AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN.

A falta de la necesaria reforma normativa, nuestro propio sistema indemnizatorio tiene que afrontar al día de hoy la aplicación del art. 294.1 LOPJ con el tenor resultante tras la STC 85/2019, a la vez que atiende a las indicaciones contenidas en la propia sentencia del Tribunal Constitucional. Esto es, no se podrán establecer distinciones en función del motivo de la absolución –prueba plena de la inocencia / *in dubio pro reo*-, y para la determinación de los presupuestos y el alcance de la indemnización se deberá tener en cuenta la finalidad compensatoria del sacrificio legítimo impuesto en aras del interés común, a la vez que se aplica la Teoría general de la responsabilidad civil o Derecho de daños, la cual puede llevar incluso a rechazar que en el caso concreto exista tal derecho subjetivo a que se indemnice la prisión provisional padecida por el finalmente absuelto.

Si partimos del hecho de que el supuesto indemnizatorio previsto en el art. 294.1 LOPJ no se fundamenta, ni en el error judicial, ni en el funcionamiento anormal de la Administración de justicia²⁶, resulta que estamos en presencia de un caso de responsabilidad objetiva por el sacrificio: la Administración ha de responder por el daño causado de manera lícita y proporcionada a un individuo, debe compensar el sacrificio impuesto al investigado / acusado en beneficio de un interés general –el buen curso del proceso, el aseguramiento de los efectos del mismo, evitar la “reiteración” delictiva...-.

Ahora bien, en el momento en que entran en aplicación los principios y categorías propias del Derecho de daños²⁷, es preciso tener en cuenta

26 Coincidimos en este punto plenamente con MANZANARES SAMANIEGO cuando afirma que, si bien doctrina y jurisprudencia se han inclinado a lo largo de muchos años a considerar que la necesidad de indemnizar la prisión provisional reside en su consideración como “una especie de error judicial”, en el que las previsiones legales se adelantarían y permitirían prescindir de la declaración de error por el Tribunal Supremo, realmente ha de entenderse que en los casos que analizamos no ha existido tal error –que, por otra parte, tendría que combatirse invocando el art. 293 LOPJ, y no el art. 294 LOPJ-. La indemnización que nos ocupa tiene naturaleza objetiva, “que no presupone error alguno”, ni funcionamiento “anormal” de la Administración de Justicia. Según se ha expuesto, este mismo planteamiento es el que se adopta en la STC 85/2019. Vid. MANZANARES SAMANIEGO, 2020: 2 y 8.

27 Pueden consultarse sobre este extremo, entre otras, las obras generales de: HERRADOR

algunos extremos que, según apuntamos, y tal y como sucede también en el Derecho comparado²⁸, pueden eliminar o restringir ese derecho a la indemnización.

La propia STC 85/2019 alude expresamente a dos criterios que han de ser considerados y aplicados en esta materia: *compensatio lucri cum damno* y la relevancia causal de la conducta del propio perjudicado.

El primero de estos no plantea en principio muchos problemas aplicativos²⁹: la prisión provisional no será indemnizada si en la causa hubo condena a pena privativa de libertad de una duración superior al tiempo pasado en prisión provisional, o cuando el sujeto fue absuelto, pero tal periodo de privación de libertad cautelar se puede aplicar a otra causa distinta por la que el mismo sujeto cumplía condena –vid. arts. 58 y 59 CP³⁰–.

Mayor complejidad presenta valorar hasta qué punto la conducta del propio investigado / acusado, del preso provisional luego absuelto, fue la causante del daño padecido por la adopción de tal medida cautelar, y por tanto, determinar si esa imputabilidad a la propia víctima del perjuicio puede excluir o reducir el derecho a la indemnización por el sacrificio³¹. Además, todo ello habrá de ser ponderado –tengámoslo siempre presente– sin afectar el derecho fundamental a ser tratado como no culpable, en todos los órdenes, tal y como exige una verdadera eficacia también “*ad extra*” de una sentencia penal que ha absuelto a una persona, o de un auto de sobreseimiento libre, que a estos efectos es lo mismo.

GUARDIA, 2011 y 2013; ROCA TRÍAS, E. / NAVARRO MICHEL, 2016.

28 En Francia, vid. arts. 149, 150 y R26 a R40-3 del *Code de Procédure Pénale*. En Italia, vid. arts. 314 y 315 del *Codice di Procedura Penale*. En Alemania, la reparación de la prisión provisional y de los perjuicios que puedan causar las “medidas de persecución penal” al que finalmente resulta absuelto, se regula en los §§ 467 y 467 a) StPO –*Strafprozessordnung*, Ordenanza Procesal Penal alemana–, y en la *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen* (StEG), de 8 de marzo de 1971: Ley sobre indemnización por medidas adoptadas en una persecución penal, última modificación, de 13 de abril de 2017.

29 Sobre este principio, entre la doctrina italiana, vid. los trabajos de GALLO, 2018: 853 y ss., y de IZZO, 2016: 40 y ss.

30 En todo caso, téngase en cuenta lo dispuesto en el apdo. 3º del art. 58 CP: “Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar”.

31 Sobre este particular, entre la doctrina civilista, GÓMEZ CALLE, 2013: 237 y ss.; MORENO MARTÍNEZ, 2018: 89 y ss.

En este punto, la doctrina que ha abordado específicamente la materia³² alude a los siguientes supuestos en los que se puede considerar que el perjudicado fue en todo o en parte el causante de la adopción de la prisión provisional y, por tanto, no será indemnizado, o lo será en escasa medida, aunque finalmente resulte absuelto: cuando el investigado / acusado incumplió órdenes judiciales de comparecencia periódica, de alejamiento, o de no salida del país, y consecuencia de tales desobediencias al mandamiento judicial cautelar, se acordó su prisión provisional, precisamente porque él mismo incrementó el *periculum libertatis*; o en los supuestos de autoincriminación o confesiones falsas, seguramente para tratar de encubrir o exculpar a otros, en los que también él mismo construyó ficticiamente el *fumus commissi delicti*; o cuando pudiendo claramente haber aportado pruebas que evidenciaran su no participación en los hechos delictivos, decidió no hacerlo, incurriendo en lo que los civilistas denominan “incumplimiento del deber de mitigar el daño”³³.

En todos estos supuestos, el dolo o culpa grave de la víctima³⁴, es decir, la relevancia causal de la conducta del propio perjudicado que haya podido repercutir total o parcialmente en la adopción de la prisión provisional, deberá ser acreditada por la Administración que la alega para eliminar o reducir el derecho a la indemnización³⁵.

32 Vid. destacadamente, entre los análisis más actuales, el trabajo que firman MEDINA ALCOZ, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2019: 16 y ss.

33 Destaca GÓMEZ CALLE que el que puede padecer un daño ha de tomar las medidas razonables, a la vista de las circunstancias del caso, para limitar su alcance en lo posible, “pues el daño no evitado por la víctima pudiendo haberlo sido, no se considera indemnizable”. La autora deriva esta carga/deber del principio de actuación conforme a la buena fe, previsto en el art. 7.1 CC. Tal obligación surge cuando ya se ha consumado el daño –en nuestro caso, cuando se acuerda la privación de libertad por la atribución delictiva-, y es posible limitar su alcance. Así, el incumplimiento por la víctima de la carga de mitigar el daño se contempla en la jurisprudencia como un criterio de exclusión de la imputación objetiva, total o parcial –conurrencia de culpas-. Vid. más ampliamente GÓMEZ CALLE, 2013: 238, 240 y 290. Vid. también GENTILE, 2017.

34 Téngase en cuenta que también el art. 295 LOPJ dispone que “*En ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado*”.

35 Pone de relieve FERNÁNDEZ VALVERDE, que puede determinar la ruptura del nexo de causalidad la intencionalidad de la víctima en la producción o padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla. Además –prosigue el autor-, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de circunstancias demostrativas de tal dolo o negligencia de la víctima, suficiente para considerar roto el nexo de causalidad, corresponda a la Administración. Vid. FERNÁNDEZ VALVERDE, 2011: 613 y ss., esp. 636.

A esos casos habría que añadir algunos otros en los que tampoco será indemnizado el absuelto, por diversas razones. Por ejemplo, cuando ha habido sentencia condenatoria, pero posteriormente se acuerda el indulto; si se absuelve por inimputabilidad, pero con imposición de medidas; o en los casos en que no haya condena debido a la prescripción del delito.

En definitiva, si bien es cierto que no podremos adoptar un sistema absolutamente vicarial, el cual nos condujera a afirmar que todo absuelto debe ser automáticamente indemnizado por la prisión provisional padecida –se excluye en la propia STC, y este modelo no opera en ningún país de nuestro entorno jurídico–, tampoco sería aceptable un sistema en el que se aplicaran radicalmente los principios civilistas propios del Derecho de daños.

La consideración en el caso concreto de la relevancia causal de la conducta del perjudicado, no podrá afectar a la declaración de no culpabilidad que ya se recoge en la resolución firme que ha puesto fin a la causa. Esto es, no podrá negarse la indemnización con base en el argumento de que el sujeto absuelto, en definitiva, “realmente sí cometió el hecho punible”³⁶, por lo que contribuyó causalmente a la adopción de la prisión provisional, y que si finalmente no resultó condenado, fue tan sólo por la insuficiencia

36 Discrepamos por tanto en este punto de algunas de las conclusiones que alcanzan MEDINA y RODRÍGUEZ, 2019: 17 y ss. Sostienen estos autores que cuando el preso provisional fue finalmente absuelto “por un descuido de la acusación en la presentación de una prueba decisiva”, o porque no se satisfacen las exigencias probatorias cualificadas del proceso penal, “*pero éste sí ha cometido realmente los hechos punibles que se le imputan*” (sic), no habrá sacrificio indemnizable, pues puede afirmarse –a su juicio– que el sujeto perjudicado llevó a cabo la conducta que dio lugar al proceso penal, y que puesto que finalmente se benefició de las garantías propias de la presunción de inocencia, no puede tal absolución conllevar además el derecho a una indemnización. Por cierto, los mismos autores se percatan de que estos planteamientos suyos en relación con la contribución causal del perjudicado a su propia prisión provisional pueden interferir con la doctrina del TEDH sobre el art. 6.2 CEDH. En último término, MEDINA y RODRÍGUEZ –vid. *op. cit.* pp. 23 y ss.– se inclinan por proponer un proceso indemnizatorio “completamente autónomo”, con un estándar probatorio distinto del penal, en el que sea posible declarar “que quien fue absuelto en el pleito criminal realizó la conducta reprochable que a la postre le llevó a la prisión provisional”, por lo que no habría sacrificio que reparar. En este punto, no podemos compartir en absoluto las conclusiones de los citados autores. No nos parece factible aplicar “autónomamente”, aunque sea “con un lenguaje cuidadoso” como ellos proponen, ese conjunto de reglas propio del Derecho de daños sin que se vea sustancialmente afectada la eficacia, también “*ad extra*”, de la sentencia penal *absolutoria*. Los propios autores afirman “no estar en condiciones de predecir” cómo sería evaluada por el TEDH esa alternativa de proceso indemnizatorio autónomo que proponen, a los efectos del derecho a la presunción de inocencia contenido en el art. 6.2 CEDH. Personalmente, a la vista de la jurisprudencia *supra* analizada, nos atrevemos a vaticinar que no obtendría una valoración favorable por parte del Tribunal de Estrasburgo.

del acervo probatorio incriminatorio.

A nuestro juicio, los necesarios efectos, también “*ad extra*”, del derecho fundamental que es la presunción de inocencia, impiden alcanzar conclusiones de ese orden.

Por lo demás, retomando la valoración de los efectos que puede tener la STC 85/2019, se menciona como posible beneficio colateral de tal ampliación de los supuestos indemnizatorios, el hecho de que en lo sucesivo nuestros tribunales se preocuparán -más si cabe- de acortar o de no alargar innecesariamente las prisiones provisionales, o de no acordarlas cuando no sea absolutamente imprescindible; es decir, ayudará a evitar lo que con acierto podría calificarse de “derroche inútil de coacción”³⁷. La otra cara de la moneda es que se corre el riesgo de que pueda aumentar el número de condenas, o la entidad de las mismas, entre quienes ya estuvieron en prisión provisional, sobre todo durante periodos prolongados³⁸.

Finalmente, estimamos que también es preciso abordar normativamente la cuestión de la indemnización de los perjuicios que al absuelto le pudieran haber causado otras medidas cautelares³⁹, de investigación o de persecución penal en general, adoptadas a lo largo de la tramitación de la causa, en línea con lo que ya se viene haciendo desde hace décadas en el sistema alemán⁴⁰.

Puesto que es preciso modificar la ley, parece el momento oportuno para preguntarse si no hace falta incluir también en la norma la responsabilidad patrimonial en otros supuestos de funcionamiento “normal” de la Administración de Justicia, en los que tampoco se ha producido un error en la adopción o mantenimiento de ciertas medidas⁴¹, pero puede ser

37 Vid. LASCURAÍN, / GASCÓN, 2018: 1 y ss., esp. 7., con cita de la jurisprudencia del TC en la que se emplea tal expresión.

38 Advierte de estos peligros MANZANARES SAMANIEGO, 2020: 7.

39 El tenor actual del art. 294 LOPJ sólo se refiere a la prisión provisional. No parece posible una interpretación extensiva de la literalidad, que abarque también la indemnización de otras medidas limitativas o restrictivas de derechos que se adoptan durante la investigación o enjuiciamiento de los hechos.

40 En la citada *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen* (StEG), Ley sobre indemnización por medidas adoptadas en una persecución penal.

41 MANZANARES SAMANIEGO, 2020: 7 y ss., alude expresamente a la indemnización de la detención no seguida de prisión provisional, o de la obligación de comparecencia periódica *apud*

igualmente necesario “compensar el sacrificio legítimo impuesto en aras del interés general” al que se refiere la citada STC 85/2019.

Y desde luego, sostenemos que es también inaplazable plantearse una revisión de la simple -que no justa- declaración de las costas “de oficio” cuando el acusado resulta finalmente absuelto y éstas no se imponen a la acusación particular.

Por mucho que sea el sistema tradicionalmente vigente en nuestro país⁴², no parece acorde con los necesarios efectos también “*ad extra*” de la presunción de inocencia, que si una persona resulta absuelta de las acusaciones que pesaban sobre él, tenga que asumir en la gran mayoría de los supuestos⁴³, con su propio patrimonio en muchos casos⁴⁴, los gastos que le haya ocasionado su necesaria participación, defensa y representación en la causa⁴⁵.

acta, como medida cautelar vinculada a la libertad provisional, prevista en el art. 530 LECrim.

42 No así, por ejemplo, en el ordenamiento alemán; vid. lo dispuesto en los §§ 467 y 467 a) StPO, y los comentarios que realizan respectivamente HILGER, 2010: 529 y ss. y SCHMITT, 2019: 1881 y ss., y en la misma obra dicho autor “Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen (StEG)”, 2277 y ss. Vid. además el trabajo monográfico de STAUDINGER, 2015.

43 Es muy excepcional que se impongan las costas a la acusación particular. Véase el tenor del art. 240.3º in fine: el querellante particular o actor civil “serán condenados al pago de las costas *cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe*” –cursivas añadidas-. Vid. también art. 121 LECrim.

44 Esto es, dejando al margen de los supuestos en que se le puede haber reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Vid. art. 242 LECrim.

45 La doctrina española moderna ha criticado puntualmente esta situación normativa vigente, si bien son contados los trabajos monográficos sobre la materia -debe citarse en todo caso el de ARIZA COLMENAREJO, 1998-. Parece que la cuestión de las “costas procesales” se ha venido considerando como un tema “menor” desde el punto de vista dogmático, a pesar de la gran importancia que éste tiene para las partes en litigio, y para el sistema procesal en general. No obstante, no han faltado voces cualificadas que con contundencia han manifestado, que el hecho de que el absuelto no pueda recuperar las cantidades satisfechas en concepto de derechos de procurador, honorarios de abogados, de peritos a su instancia e indemnizaciones de testigos por él propuestos, en los casos en que no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, supone “una de las mayores injusticias que provoca el proceso penal en quien tras su conclusión sigue siendo considerado inocente”. “Debiera considerarse que si un individuo es arrastrado hasta el enjuiciamiento criminal y finalmente resulta absuelto, no merecería soportar coste alguno. Sin embargo, de conformidad con el segundo párrafo del art. 240 2º LECrim, lo único que conseguirá será evitar la condena al pago de las costas de los demás”. Coincidimos plenamente con esta y otras muchas valiosas conclusiones que con toda claridad y rigor formula el Magistrado R. YAÑEZ VELASCO, 2015: 277 y ss., esp. 278 y 332. También RODRÍGUEZ RAMOS, 2014: 1 y ss., esp. 5, plantea propuestas de *lege ferenda* en esta materia, en el sentido de establecer como criterio general la condena en costas a las acusaciones en casos de sobreseimiento o absolución. Por su parte, ARIZA COLMENAREJO, *op.*

En tales supuestos de absolución, y por lo que respecta a la acción penal ejercitada en el proceso, nuestra propuesta sería la siguiente: si solo el Ministerio Público sostuvo la acusación, dichos gastos de defensa deberían ser asumidos por la Administración de Justicia, por el Estado en definitiva; si sólo la mantuvo la acusación particular/popular, deberían ser asumidos por éstas; si hubo acusación pública y también particular/es, se repartirían los gastos ocasionados al acusado, en la proporción que el órgano jurisdiccional estimase adecuada.

V.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIZA COLMENAREJO, M.J. (1998): *Las costas en el proceso penal*, Granada.

ARMENTA DEU, T. (2019): *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 12ª ed., Madrid.

ARROYO JIMÉNEZ, L. (2013): “Puig Panella c. España (STEDH de 25 de abril de 2006): la presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional”, en *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Coords.: R. Alcácer, M. Beladiez y J.M. Sánchez, Madrid, pp. 313 y ss.

supra cit., esp. pp. 205 y 228, también concluyó en su día –con cita, entre otras, de las obras de ALCALÁ –ZAMORA y GÓMEZ ORBAJENA sobre la materia- que en los supuestos de absolución o auto de sobreseimiento, debería aplicarse el *criterio del vencimiento*, de tal manera que los gastos del acusado absuelto deberían ser asumidos por las acusaciones, bien fuera pública, por la Fiscalía –en ese caso las asumiría el Estado- y/o privadas. En todo caso –prosigue la autora, vid. p. 210- la regla general de la condena en costas al particular cuando resulte la absolución del acusado podría tener excepciones, como en los casos en que es absuelto por causa de exención de la culpabilidad, pero resulta condenado en el ejercicio de la acción civil también ejercida en la causa. Igualmente se han pronunciado reclamando una reforma en la materia, en las distintas ediciones de sus respectivos manuales, entre otros, MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2019: 719: habiendo mantenido el Ministerio Fiscal la acusación, debería el Estado asumir el pago de esas partidas de las costas del absuelto, y lo mismo en el caso de querrela interpuesta por particular, “debería jugar en toda su extensión el principio del vencimiento, y no el de temeridad o mala fe”; GÓMEZ COLOMER, 2019: 534: el acusado absuelto, o que tenga a su favor un auto de sobreseimiento libre, no debería pagar ninguno de los conceptos que integran las costas, ni las declarables “de oficio”, ni las que no lo son, independientemente de su posición económica. Como las costas no pueden imponerse al Fiscal, es de equidad que el Estado corra a cargo de todos los gastos ocasionados por la defensa del acusado absuelto. Vid. también en esa misma línea argumental, ARMENTA DEU, 2019: 444.

CAMPANER MUÑOZ, J. (2017): “La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana”, *La Ley Penal*, núm. 129, pp. 1 y ss.

COBREROS MENDAZONA, E. (2012): “Los paradójicos efectos de la protección de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional indebida (Las sentencias Puig Panella y Tendam del Tribunal europeo de Derechos Humanos)”, *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial*, Coords.: E. García de Enterría, R. Alonso, vol. 2, Madrid, pp. 2775 y ss.

DE MATEO MENÉNDEZ, F. (2011): “Responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida: nueva jurisprudencia”, *Jueces para la Democracia*, núm. 70, pp. 80 y ss.

DEL SAZ CORDERO, S. (2014): “La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 195, pp. 55 y ss.

DEL SAZ CORDERO, S. (2017): “La inútil prolongación de la agonía del art. 294 LOPJ (Comentario a las SSTC 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero)”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108, pp. 269 y ss.

DÍAZ FRAILE, F. (2017): *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva*, Valencia.

DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A. (2006): “A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de Administración de Justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 25, pp. 973 y ss.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015): “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento”, *Indret*, núm. 4, pp. 1 y ss.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2017): “La cuantificación de los daños

- morales causados por las administraciones públicas”, *El daño moral y su cuantificación*, 2ª ed., Madrid, pp. 519.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (2011): “Alcance de la responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas”, *Derecho de daños*, Coord.: M.J. Herrador Guardia, Cizur Menor, 2011, pp. 613 y ss.
- GALLO, P. (2018): “*Compensatio lucri cum damno* e benefici collaterali (I)”, *Rivista di Diritto Civile*, núm. 3, pp. 853 y ss.
- GENTILE, S. (2017): “Non può considerarsi soggetto passivo di un pregiudizio chi avrebbe potuto evitarlo”, *Diritto e Giustizia*, núm. 13 junio 2017, pp. 1 y ss.
- GÓMEZ CALLE, E. (2013): “La contribución de la víctima a la causación del daño”, *Derecho de daños*, Coord.: M.J. Herrador Guardia, Cizur Menor, pp. 237 y ss.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (2019): en *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*, AA.VV., 27ª ed., Valencia.
- HERRADOR GUARDIA, M.J. (Coord.) (2011-2013): *Derecho de daños*, Madrid y Cizur Menor.
- HILGER, H. (2010): “§§ 467 y ss. Strafprozessordnung. Kommentar”, en *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar*, Dir.: LÖWE-ROSENBERG, 26ª Ed. München, pp. 529 y ss.
- IGARTÚA SALAVERRÍA, J. (2017): “Absolución por duda razonable, motivación y control”, *Jueces para la Democracia*, núm. 90, pp. 86 y ss.
- IZZO, U. (2016) “*Compensatio lucri cum damno*. É nato prima il danno o la sicurezza sociale”, *Responsabilità civile e previdenza*, vol. 81, núm. 1, pp. 40 y ss.
- LASCURAÍN, J.A. / GASCÓN, F. (2018): “¿Por qué se conforman los inocentes?”, *InDret*, núm. 3, pp. 1 y ss.
- LOPEZ GUERRA, L. (2013): “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y

divergencias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, pp. 139 y ss.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (2020): “El nuevo texto constitucional del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, núm. 9563, pp. 1 y ss.

MARTIN REBOLLO, L. (1983): *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid.

MARTÍN REBOLLO, L. (2012): “Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación paradójica”, *Administración y Justicia*, vol. 2, Madrid, pp. 2943 y ss.

MEDINA ALCOZ, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2019): “Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, pp. 147 y ss.

MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (2019): *Derecho Procesal Penal*, 9ª ed., Valencia.

MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2018): “El deber de mitigar el daño en la esfera extracontractual: problemática, alcance y sus últimas incidencias normativas”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, pp. 89 y ss.

PERELLÓ DOMÉNECH, M.I. (2018): “Comentario al art. 121 CE”, en *Comentarios a la Constitución española*, Dirs.: M. Rodríguez-Piñero y M.E. Casas Baamonde, Madrid, pp. 699 y ss.

ROCA TRÍAS, E. / NAVARRO MICHEL, M. (2016): *Derecho de daños*, 7ª ed., Valencia.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2014): “Necesaria civilización de la condena en costas y de la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez”, *Diario La Ley*, núm. 8256, pp. 1 y ss.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2017): “Todo preso preventivo absuelto merece indemnización”, *Diario La Ley*, núm. 8949, pp. 1 y ss

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2019): “¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019, de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, *Diario La Ley*, núm. 9477, pp. 1 y ss.

SCHMITT, B. (2019): “§§ 467 y ss. Strafprozessordnung. Kommentar”,

en *Strafprozessordnung. Kommentar*, Dirs.: MEYER-GOSSNER / SCHMITT, 62^a ed, München, pp. 1881 y ss.

SCHMITT, B. (2019): “Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen (StEG)”, en *Strafprozessordnung. Kommentar*. Dirs.: MEYER-GOSSNER / SCHMITT, 62^a ed, München, pp. 2277 y ss.

STAUDINGER, W. (2015): *Welche Folgen hat die Unschuldsvermutung im Strafprozess? Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*, Baden-Baden.

TAPIA FERNÁNDEZ, I. (2018): “La eficacia del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos seguidos para exigir responsabilidad patrimonial al Estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *La Ley Penal*, núm. 134, pp. 1 y ss.

TIRADO ESTRADA, J.J. (2017): “Derecho a la presunción de inocencia. Novedades expansivas en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos humanos”, *Curso de Formación “Novedades en la jurisprudencia del TEDH”*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, pp. 11 y ss.

YAÑEZ VELASCO, L. (2015): “La injusticia de las costas en el proceso penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 277 y ss.

EL PROCESO DE OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

THE OPPOSITIONAL PROCESS TO ADMINISTRATIVE RESOLUTIONS ON CHILD PROTECTION MATTERS

María Luisa Escalada López

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid
marialuisa.escalada@uva.es

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN, II.- EL INTERÉS DEL MENOR. DOBLE NIVEL DE PROTECCIÓN: RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Y REVISIÓN JURISDICCIONAL, II.1.- Procedimiento administrativo en materia de protección de menores, II.2.- El proceso civil especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, II.2.1.- Introducción, II.2.2.- La elección del proceso civil en detrimento del contencioso-administrativo, II.2.3.- Competencia y procedimiento, II.2.3.1.- *Competencia objetiva y territorial*, II.2.3.2.- *Procedimiento*, II.2.3.2.1.- *Consideraciones generales y requisitos de procedibilidad. Procedimiento preferente y ausencia de reclamación administrativa previa*, II.2.3.2.2.- *Especialidades*, II.2.3.2.3.- *Tramitación*, a) *Plazo para formular oposición*, b) *Legitimación*, c) *Escrito inicial, formulación sucinta de la pretensión y reclamación del expediente*, d) *Postulación*, e) *Demanda y pretensión*, f) *Acumulación de procesos*, g) *Contestación*, h) *Vista*, i) *Sentencia*, j) *Recursos*, k) *Ejecución*, III.- ESPECIALIDADES PROCESALES DEL PROCESO DE OPOSICIÓN, III.1.- La reforma operada por las leyes 54/2007,

de 28 de diciembre, de adopción internacional, y 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, III.2.- La interrelación entre la acción de revocación del CC. y la acción de oposición de la LEC. Análisis de la legitimación, III.3.- Concepción dinámica del interés superior del menor. Cambio de circunstancias: excepciones a la preclusión y eficacia de cosa juzgada, III.3.1.- Preclusión y *perpetuatio actionis*, III.3.2.- La cosa juzgada material, IV.- CONCLUSIÓN,

RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objeto analizar el proceso civil especial de oposición a las resoluciones dictadas por las Entidades Públicas para la protección de los menores (arts. 779 a 781 de la LEC). La prevalencia del interés superior de estos en el enjuiciamiento ocasiona diversas particularidades procesales desde el punto de vista de la legitimación, preclusión y cosa juzgada.

Palabras clave: interés superior del menor, legitimación, preclusión, cosa juzgada.

ABSTRACT:

This paper aims to analyze the special civil process of opposition to the decision issued by Public Entities for the protection of minors (arts. 779 to 781 LEC). The prevalence of the child best interests in the proceedings gives rise to various procedural particularities from the standpoint of legal standing, stoppel and res judicata.

Keywords: child best interests, legal standing, stoppel, res judicata.

ABREVIATURAS:

TS: Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

AP: Audiencia Provincial.

FGE: Fiscalía General del Estado.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

CC: Código Civil.

LO: Ley Orgánica.

Núm-s.: Número-s.

ss.: siguiente-s.

pág-s.: página-s.

I.- INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la LEC regula en el Libro IV los procesos especiales, incluyendo en el Título I los relativos a la capacidad, filiación, matrimonio y menores.

La implicación del interés general en todos ellos hace que presenten una serie de particularidades comunes contempladas en el Capítulo I (arts. 748 a 755), que en definitiva suponen la quiebra de los principios dispositivo y de aportación de parte habitualmente informadores del proceso civil, y la consagración de los de oficialidad y de investigación oficial propios de los procesos no dispositivos¹. Destacan de este modo, entre otros, los siguientes aspectos: que es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal

1 La SAP Valencia 882/2017, de 18 de octubre, FJ 2º afirma que estos procesos, por afectar al derecho de la familia y a menores, tienen una indudable naturaleza de derecho público, cuya prevalencia justifica la quiebra de los principios de justicia reglada y dispositivo propios de los procesos civiles. En este sentido Vid. González Pillado, E. "Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007", *InDret* 2/2008, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/532_es.pdf (fecha de consulta 07-04-2020), pág. 8.

(art. 749 LEC)², la indisponibilidad del objeto procesal (art. 751 LEC), la presencia de concesiones a la oficialidad en materia probatoria (art. 752 LEC)³, así como la eventual restricción e incluso exclusión de la publicidad (art. 754 LEC)⁴; por último, y como consecuencia de su predicada eficacia *erga omnes*, se recoge la necesidad de inscribir las resoluciones dictadas en algunos de estos procesos, (art. 755 LEC).

No obstante la amplitud del contenido mencionado, el presente trabajo se circunscribe a analizar una parte del Capítulo V de la LEC: la referida al proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores contemplada en los arts. 779 a 781 de la LEC quedando fuera, por tanto, el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción regulado en este mismo Capítulo, y los “procesos matrimoniales y de menores”, previstos en el Cap. IV.

Como punto de partida del análisis que pretendemos efectuar ha de tenerse en cuenta que el presupuesto sustantivo de esta tramitación procesal es, como su propio nombre indica, la existencia de una resolución dictada por la Administración Pública en materia de protección de menores, y la posterior impugnación de la misma ante los órganos jurisdiccionales.

2 Vid. Circular de la FGE 1/2001, de 5 de abril de 2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, pág. 36.

3 Respecto a la iniciativa probatoria del juez vid. Picó i Junoy, J. “El juez civil y la prueba: una historia mal contada”, *Diario La Ley*, N° 7092, 2009, “La iniciativa probatoria del juez civil”, *Advocatus*, N°. 18, 2008, págs. 73 y ss. La iniciativa probatoria del Juez civil: un debate mal planteado, *Revista uruguaya de derecho procesal*, N°. 3, 2007, págs. 573 y ss.

4 En este sentido, el órgano jurisdiccional puede acordar la celebración de la vista a puerta cerrada cuando, como dispone el art. 138 LEC, los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan...” A este respecto, la SAP Ciudad Real 184/2007, Sección 2ª, de 12 de julio, afirma en su FD 2º que el art.754 LEC previene expresamente la exclusión de la publicidad. Vid. Circular de la FGE 1/2001, de 5 de abril, pág. 11.

II.- EL INTERÉS DEL MENOR. DOBLE NIVEL DE PROTECCIÓN: RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Y REVISIÓN JURISDICCIONAL

La normativa -estatal⁵, autonómica⁶, europea⁷ e internacional⁸- existente en la materia ha operado un cambio de prisma en la percepción del menor, que deja de ser considerado en exclusiva referencia a su integración en el ámbito familiar, para ser valorado como sujeto social individual y verdadero titular de derechos subjetivos⁹.

De este modo, el interés superior del menor se erige en principio informador de toda la legislación y actuación de los poderes públicos e instituciones, si bien lo abstracto de la formulación exige que su contenido sea determinado normativa, jurisprudencial¹⁰ y doctrinalmente¹¹ en atención, primero, a los diversos entornos genéricos afectantes a su

5 A este respecto vid. entre otros, el art. 39 CE., la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (esp. art.2.1), y diversos preceptos del CC.

6 Toda la normativa autonómica en la materia consagra como principio informador y prevalente el interés superior del menor. Por razones de proximidad mencionaré el Preámbulo y, a modo de ejemplo, los arts. 4.a), 20.5, 27.1, 44, 71,72, 73, 75 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

7 Vid. la Carta de los Derechos Fundamentales, en cuyo art. 24 consagra los Derechos del Niño, aludiendo en el apartado 2º a la superioridad del interés del menor. Asimismo puede consultarse la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992).

8 Es muy extensa la normativa internacional existente en la materia. Entre las normas más destacadas podemos aludir a las siguientes: Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 25 enero 1996, art. 1 y 6.a).

9 Vid. González Pillado, E. "Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007", *InDret* 2/2008, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/532_es.pdf (fecha de consulta 07-04-2020), pág. 4.

10 En relación al interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado vid. STS 3859/1998 de 11 de junio, FD.2º.

11 A este respecto puede consultarse el trabajo de García Medina, J. "El interés superior del menor. Contenido e interpretación", *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* / coord. por Montserrat de Hoyos Sancho (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), págs. 421-434.

existencia y desarrollo personal, familiar social, institucional, etc.¹² -tal y como establece el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, y después, en su individualizada adaptación a cada caso concreto¹³.

Partiendo de que la protección de los menores corresponde a los padres o familia extensa, es claro que la intervención estatal se limita a los casos de ausencia o déficit en el cumplimiento de este deber, y su actuación se estructura en un doble plano dispuesto de forma sucesiva: en primer lugar, corresponde a la Administración adoptar las medidas conducentes a protegerlo¹⁴ y, en segundo lugar, se otorga a la jurisdicción la revisión de las medidas adoptadas previa oposición formulada por los legitimados (arts. 779 y 780 LEC).

II.1.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

En la regulación del tema que nos ocupa confluye la normativa y el tratamiento propio de varias disciplinas, como son el Derecho Administrativo, Civil y Procesal.

No obstante, el análisis que acometemos es el propio de esta última,

12 Utrera Gutiérrez, J.L. “Algunas cuestiones en relación al control jurisdiccional de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La reforma de los artículos 172 del Código Civil y 779,780 y 781 de la LEC por las disposiciones finales de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional”, número monográfico sobre *Cuestiones prácticas del Derecho de familia en nuestro ordenamiento jurídico y en el internacional*, Cuadernos Digitales de Formación 24-2008, CGPJ, págs. 5 a 7. Del mismo Autor vid. “El sistema legal de protección de menores. Cuestiones prácticas”, incluido en el número monográfico sobre *Los procesos de familia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Cuadernos Digitales de Formación 4-2012, CGPJ. Págs. 4 a 7.

13 Vid. STS 444/2015, Sala de lo Civil, de 14 de julio, FD 2º: “La jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario...El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (STS 13 de febrero 2015). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor”.

14 En este contexto, las Comunidades Autónomas han desarrollado legislación sobre de protección de menores como contenido de su potencial competencia en materia de asistencia social, art. 148.1.20ª.

de modo que el procedimiento administrativo previsto para acordar las medidas de protección del menor únicamente es analizado en cuanto presupuesto del proceso jurisdiccional especial de oposición a las mismas, lo que justifica que destaquemos solo sus aspectos más relevantes.

A este respecto, la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no contempla una tramitación específica en la materia, aunque sí existe una regulación particular en la normativa autonómica¹⁵.

En todo caso, la competencia para adoptar estas medidas corresponde a la Administración en sus diversas manifestaciones (estatal, autonómica o local) cada una dentro del ámbito territorial que le es propio. Ello supone que, salvo excepciones, la jurisdicción únicamente tiene atribuciones revisoras de las decisiones tomadas por los Entes Públicos en este ámbito¹⁶.

Además, la acción de la Administración en este contexto está informada por los principios de subsidiariedad progresiva¹⁷ respecto de las obligaciones legales de progenitores o tutores y de intervención mínima. Conforme al primero, el alcance de su actuación protectora depende del grado de desprotección que padezca el menor, distinguiéndose a este respecto entre

15 Para un exhaustivo análisis de la normativa autonómica vid. Mascarell Navarro, M.J. “La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso”, *RGDP*, núm. 41, 2017, pág. 34. Por lo que a la Comunidad Autónoma de Castilla y León se refiere puede consultarse la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, y el Decreto 131/2003, de 13 de noviembre, por el que se regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo.

16 Se exceptúan los casos previstos en el art. 158 CC referidos a la adopción por el juez de oficio o a instancia de parte y en procesos civiles y penales, de medidas cautelares urgentes y excepcionales en situaciones de riesgo, o aquellos otros hipotéticos supuestos en los que, tras la negativa de la Administración a acordar el desamparo solicitado, y la posterior impugnación ante los tribunales, estos estiman la oposición formulada, pudiendo abocar en una declaración judicial del desamparo. Vid. SAP de Barcelona 66/2006, de 14 de marzo. En este caso, la resolución recaída en apelación acuerda revocar la decisión del juzgado de primera instancia de inadmitir la demanda de oposición formulada por los padres contra la denegación por la Administración del desamparo instado por aquellos. No obstante, que se trata de una genuina competencia administrativa queda de manifiesto si se acude al apartado 6º de este art. 158.6º CC, precepto que, en relación con las medidas que, en este escenario, puede acordar el juez de oficio o a instancia de parte dispone: “En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública”.

17 Contemplado entre los principios rectores de la actuación de las Entidades Públicas en la normativa autonómica existente en la materia. Vid., a modo de ejemplo, el art. 4 f) de la Ley de Castilla y León 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, atención y protección a la infancia.

en situaciones de riesgo y de desamparo¹⁸.

En aplicación del segundo, se propiciará en la medida de lo posible el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen y su integración familiar y social¹⁹.

En todo caso, la declaración de desamparo por la Entidad Pública competente conlleva que esta asuma *ex lege* la tutela del menor (art. 172.1.p.3º CC.), quedando correlativamente suspendida la patria potestad o la tutela ordinaria a la que aquél estuviera sometido.

II.2.- EL PROCESO CIVIL ESPECIAL DE OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

II.2.1.- Introducción

A modo de Introducción puede decirse que la revisión por los tribunales de las resoluciones administrativas sobre protección de menores encuentra fundamento principalmente en la inexistencia en un Estado de Derecho de ámbitos exentos de control jurisdiccional²⁰.

Esta previsión se concreta, en lo que a nuestro ordenamiento procesal se refiere, en el art. 780 LEC, donde se consagra la posibilidad de “formular oposición, ante los Tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores”.

18 En cuanto a los conceptos de riesgo y desamparo, vid. Art. 17 y 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Utrera Gutiérrez, J.L. vid. “El sistema legal de protección de menores. Cuestiones prácticas”, incluido en el número monográfico sobre *Los procesos de familia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Cuadernos Digitales de Formación 4-2012, CGPJ, pág. 7. En orden a la concreción de estas situaciones vid. Múrtula Lafuente, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, (Madrid: Dykinson, 2016), pág. 224.

19 Vid. Martínez Puras., J. *op. inédita*. Vid. SSTEDH Anderson contra Suecia de 25 de febrero de 1992, Eriksson contra Suecia de 22 de junio de 1989, al resolver violaciones del art. 8 CEDH en supuestos de menores declarados en desamparo.

20 Amén de este fundamento genérico, el control por los tribunales de las decisiones administrativas sobre protección de menores encuentra también respaldo específico en la legislación interna, art. 172.6 CC, e internacional, art. 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

De su enunciado genérico puede inferirse que los legitimados podrán impugnar cualquier actuación pública acordada por la Entidad Pública competente en materia de protección de menores. No obstante, y dado que no es inusual que en una misma resolución administrativa se acuerde el desamparo y la medida de protección que proceda, la oposición puede formularse en estos casos frente a ambas- la primera es presupuesto de la segunda- o limitarse a impugnar solo la medida de guarda.

II.2.2.- La elección del proceso civil en detrimento del contencioso-administrativo

Una cuestión debatida en la doctrina y en la jurisprudencia es por qué las resoluciones que dicta la Entidad Pública en materia de protección de menores son impugnables en el proceso civil y no, como podría pensarse, en el seno del procedimiento contencioso-administrativo; y es que la implicación de los Entes Públicos en este contexto, y la presencia de algún trámite procedimental propio del proceso contencioso han ocasionado dudas jurisprudenciales sobre la determinación de la competencia genérica en estos casos.

En este sentido, algunas resoluciones entienden que tales supuestos integran excepciones a la regulación de la competencia que la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa atribuye a este orden jurisdiccional, llegando a afirmar que se trata de una “desviación de jurisdicción”; al respecto se recuerda que, además, el procedimiento reglado en el art. 780 LEC toma caracteres propios del orden jurisdiccional contencioso administrativo²¹: en la medida en que se impugna un acto de la Administración, no se interpone demanda inmediatamente, sino que el proceso se inicia con un escrito identificando la resolución, exponiendo sucintamente la pretensión y solicitando la remisión del expediente donde consta la información necesaria para interponer la demanda.

En un sentido contrario alguna resolución afirma que cuando con fundamento en la intervención en el procedimiento de adopción de un ente público conoce de estos casos el orden contencioso en lugar del civil, nos encontramos ante un “exceso de jurisdicción”²², recordando que es este

21 Vid. SAP Valencia 3517/2017, de 18 de octubre, FJ 1º y 2º.

22 STS 2034/2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo, FD 5º, tras afirmar que

último orden jurisdiccional el competente para entender de este tipo de materias, postura que compartimos ya que, si bien el acto por el que se acuerda la medida protectora tiene carácter administrativo, la regulación de su contenido, es decir, la actuación acordada, corresponde a la legislación civil²³.

II.2.3.- Competencia y procedimiento

Analizamos en este punto la tramitación procedimental que impone el art. 780 LEC, dejando para un momento posterior el estudio de aquellos aspectos que suponen particularidades desde el punto de vista de la ortodoxia procesal, y cuyo adecuado análisis no se compadece bien con los angostos límites que ofrecen los siguientes apartados.

II.2.3.1.- Competencia objetiva y territorial

En aplicación del art. 779 p. 2º LEC, la competencia objetiva y territorial corresponde a los Juzgados de primera instancia del domicilio de la Entidad Pública, si bien en los casos de intervención de dos o más entidades en el

es competencia del juez civil conocer de las cuestiones relativas a la adopción o acogimiento de menores y a los derechos que al respecto puedan ejercer los padres biológicos, afirma en el FD 6º: “Procede... declarar el exceso de jurisdicción cometido por la Sentencia de instancia al conocer de una cuestión de naturaleza civil, ajena a este orden jurisdiccional” (se refiere al orden contencioso-administrativo, el paréntesis es nuestro).

23 Vid STS 2034/2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo, FD 5º: “Estamos, por tanto, en presencia de una cuestión civil cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. La presencia de una entidad pública, encargada de la guarda y acogimiento de los menores, no desvirtúa estas conclusiones... Es el fundamento esencial de la pretensión que en cada caso se formula lo que, por principio, delimita el orden jurisdiccional competente. Las pretensiones basadas en normas de naturaleza civil competen a la jurisdicción civil (art. 2.a), aunque se encuentre presente en la relación una Administración Pública”. STC, 298/1993 de 18 octubre, FJ 5º. “... nada tiene de extraño que la ley, a la que corresponde el reparto de materias entre los distintos órdenes jurisdiccionales..., haya mantenido la posición general que nuestro ordenamiento reconoce al Juez civil como custodio del Derecho de familia, aun cuando confíe a entidades públicas de carácter administrativo la protección de los menores desamparados”. vid. STS de Cataluña 325/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de mayo. SAP Alicante 71/2015, de 17 de abril, FD 1º. Vid. en este sentido González Pillado, E. “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *InDret* 2/2008, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/532_es.pdf (fecha de consulta 07-04-2020), pág. 6. Vid. Egea Fernández, J. “La Doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la Entidad Pública. (Sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre), *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 5. Enero-Abril 1995, pág. 260. Al respecto, la Circular de la FGE 1/2001, de 5 de abril de 2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, pág. 37.

expediente administrativo, para la fijación de la competencia territorial se estará al domicilio de la entidad autora de la resolución impugnada²⁴.

No obstante, existen algunas excepciones a esta previsión general. A este respecto, la presencia en la demarcación de juzgados de familia determina que sean estos los competentes²⁵.

De igual modo, la concurrencia de los supuestos contemplados en el art. 87 ter de la LOPJ²⁶ provoca una alteración competencial a favor del juzgado de violencia sobre la mujer que conocerá de determinados asuntos civiles²⁷, entre los que se incluye en apartado 2 g) el proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. A este último respecto hemos de realizar dos matizaciones, en primer lugar que este precepto deber ser sistemáticamente interpretado en conjunción con lo previsto en el art. 49 bis LEC²⁸ y, en segundo lugar, que la competencia territorial resultará determinada por el art. 15 bis LECrim. en detrimento de la prevista en el art. 779 LEC, de modo que corresponderá el enjuiciamiento del asunto al juez de violencia sobre la mujer del domicilio de la víctima.

II.2.3.2.- Procedimiento

Por lo que se refiere a la tramitación procedimental, abordamos los extremos más relevantes, otorgando prioridad al ulterior análisis de los aspectos procesales.

24 Sobre la concreción de la competencia territorial vid, González Pillado, E. "Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007", *InDret* 2/2008, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/532_es.pdf (fecha de consulta 07-04-2020), págs. 11 y ss.

25 En relación a la competencia de los juzgados de primera instancia y de familia, vid. Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, de la FGE, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, pág. 37.

26 En lo referido a la concurrencia de estos presupuestos vid. González Pillado, E. "Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007", *InDret* 2/2008, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/532_es.pdf (fecha de consulta 07-04-2020), págs. 12 a 21.

27 En cuanto a la inhibición de los juzgados de primera instancia o de lo civil en estos supuestos, Vid. AAP de Barcelona, 223/2010, Sección 18ª, de 14 de septiembre de 2010.

28 Para una minuciosa casuística sobre la pérdida de competencia del juez civil cuando media un proceso penal sobre violencia de género, vid. González Pillado, E. "Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007", *InDret* 2/2008, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/532_es.pdf (fecha de consulta 07-04-2020), págs. 16 a 21.

II.2.3.2.1.- Consideraciones generales y requisitos de procedibilidad. Procedimiento preferente y ausencia de reclamación administrativa previa

La regulación contenida en los arts. 779 y 780 LEC contempla dos disposiciones específicas: la innecesidad de formular reclamación administrativa previa antes de acudir al proceso jurisdiccional de oposición (art. 780.1.p.1º LEC), y el carácter preferente de este último (art. 779.1 LEC). La primera carece de sentido en la actualidad tras su supresión por la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la segunda se traduce en la priorización de señalamientos y vista en estos procesos (art. 182.4 LEC).

En todo caso, las aludidas previsiones pretenden redundar en una mayor celeridad en la tramitación y resolución del proceso, con objeto de alcanzar pronta certeza sobre la situación del menor²⁹.

II.2.3.3.2.- Especialidades

La entidad de los intereses implicados en estos procesos provoca y justifica que su tramitación presente una serie de especialidades que abordamos a continuación:

En cuanto a la publicidad, si bien la regla general es que las comparecencias orales sean públicas, el juez puede acordar de oficio o a instancia de parte y mediante providencia que la vista se celebre a puerta cerrada siempre que las circunstancias así lo aconsejen.

En lo relativo al principio de preclusión, se concede a los legitimados amplias oportunidades para alegar atendiendo a un menor rigor formal³⁰.

29 Vid. SSTEDH 6.11.2008. Carlson contra Suiza, tol 1385542; caso Stochlak contra Polonia tol 1601623, 22.12.2009, asunto Tapia Gasca y D. contra España, TEDH 2009, 145; 22.4.2010, caso Macready contra República Checa tol 2135022, todas ellas aluden a la necesidad de que estos procedimientos sean tramitados con urgencia “puesto que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para la relación entre los menores y el progenitor que no vive con ellos”, se trata de evitar que el menor resulte integrado en un medio familiar del que luego no quepa apartarle sin causarle perjuicio, STEDH 26.5.2009, caso Amanalachiocay contra Rumanía tol 1902529. Vid. Circular 1/2008, FGE en cuanto al carácter preferente establecido en el art. 779 LEC y a la necesidad de optar por un procedimiento sencillo y ágil para evitar que los menores sufran las consecuencias de una Justicia tardía.

30 STC 75/2005 de 4 abril, FJ 3: “Es lógico, pues, que dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a

De este modo, en el dictado de la sentencia el juez deberá tener en cuenta los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados con independencia del momento y modo en que hubieran sido introducidos en el proceso³¹.

Por lo que se refiere a la iniciativa probatoria, aunque lo habitual es que las pruebas se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio las que estime pertinentes (art. 752 LEC), produciéndose *ex lege* una ampliación de sus facultades en este sentido³².

Respecto a la valoración de la prueba, el juzgador no está sujeto a la estricta normativa de la LEC relativa a los documentos públicos y privados reconocidos, ni a la prevista para el interrogatorio de las partes.

II.2.2.2.3.- Tramitación

a) Plazo para formular oposición

Conforme al art. 780 LEC, la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores puede formularse en los dos meses siguientes a su notificación.

b) Legitimación

tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad... [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado”.

31 SAP de Sevilla 4478/2005, de 17 de marzo, FD 3º, que recoge lo dispuesto por el TC en relación con la filiación, materia prevista de una tramitación especial junto a la capacidad, matrimonio y menores: “... se ha destacado en la jurisprudencia que la idea esencial en estos procesos, es la búsqueda de la verdad material, artículo 752-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como acertadamente señala el Juez a quo, ello provoca que los hechos se decidan, con independencia de cuando fuesen alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento, teniendo como únicos contrapuntos la paz familiar y el interés del menor, SSTS 28-5-97 y 1-2-02”.

32 STC 75/2005 de 4 abril, FJ 3: ... «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo... dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia...no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1826 LECiv)».

Dispone el art. 780.1.p.2 y 3 LEC, que están legitimados, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, los menores afectados por esta, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas a las que les sea expresamente reconocida en la ley. Aunque no sean actores pueden personarse en cualquier momento en el procedimiento sin que suponga retroacción de las actuaciones.

La legitimación pasiva la ostenta la Entidad Pública, situación en la que se encontrará también el progenitor no impugnante, si la oposición a resolución administrativa es formulada solo por uno de ellos.

c) Escrito inicial, formulación sucinta de la pretensión y reclamación del expediente

El procedimiento se inicia con la presentación de un escrito inicial en el que el actor indicará sucintamente cuál es su pretensión, qué resolución impugna (acompañando copia de esta), la fecha y, en su caso, si existen procedimientos pendientes en relación con ese menor.

Presentado el escrito, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá a la Entidad Pública para que en el plazo de veinte días aporte el testimonio completo del expediente y recibido este, se emplazará al actor por igual tiempo para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753 LEC.

d) Postulación

En lo relativo a la postulación, si bien no es preceptiva la firma de abogado y procurador para presentar el escrito inicial³³, si lo será con posterioridad a este trámite tanto para el oponente y para las demás partes (art. 750.1 LEC).

Por lo que se refiere a la Entidad Pública, esta comparecerá por medio de los Letrados de sus servicios jurídicos, quienes asumirán la doble función de representación y defensa conforme a los art. 551.1 LOPJ y art. 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado

33 En lo relativo a la analogía con el proceso contencioso-administrativo, vid. Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, de la FGE sobre la Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

e Instituciones Públicas.

e) Demanda y pretensión

Aunque nada se dice al respecto, y pese a que la tramitación de estas materias es la propia del juicio verbal, el principio de igualdad procesal exige que la demanda se formalice conforme a lo previsto para este trámite en el procedimiento ordinario, puesto que así se contempla en lo relativo a la contestación (art. 753 LEC en relación con el art. 405 LEC). En cuanto a su contenido, la pretensión formulada consistirá en que se declare la resolución administrativa de desamparo no ajustada a derecho y se deje sin efecto con fundamento en que no son ciertos los hechos en que se funda el acto administrativo, en la improcedencia de la medida adoptada para concretar las consecuencias del desamparo, etc³⁴. En todo caso, resulta excluido el principio de la *perpetuatio actionis* en interés del menor.

Si la demanda cumple con los requisitos legalmente exigidos, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto admitiéndola y les dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal y demás personas que conforme a la ley deban ser parte en el procedimiento hayan sido o no demandadas³⁵, emplazándoles para que contesten en el plazo de 20 días. En caso contrario, y si se aprecia falta de competencia o de jurisdicción, o si la demanda adolece de defectos formales no subsanados, el Letrado dará cuenta de estos extremos al Tribunal para que resuelva sobre la admisión (art. 404 LEC).

Tras la admisión de la demanda se dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal y demás personas que deban ser parte concediéndoles, también, un plazo de veinte días para que formulen la contestación.

34 Vid. apartado 2 de la Circular 1/2008, de la FGE, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, tras la reforma operada por Ley 54/2007, de 28 de diciembre.

35 Esta previsión impone al juez un examen de oficio de la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, ordenando el emplazamiento de las personas cuya presencia es necesaria y sin embargo no han sido llamados al proceso. Vid González Pillado, E. "Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007", *InDret* 2/2008, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/532_es.pdf (fecha de consulta 07-04-2020), págs. 31 y 32.

f) Acumulación de procesos

A efectos de garantizar una adecuada protección al menor y propiciar simultáneamente la economía procesal, el tribunal acordará mediante auto de oficio o a instancia de parte³⁶ y siempre que sea posible, la acumulación de los procesos de oposición a resoluciones administrativas relativas a la protección de un mismo menor (art. 76.2 3ª LEC).

No cabrá recurso alguno si la resolución es favorable a la acumulación, en caso contrario podrán interponerse los de reposición y apelación sin efectos suspensivos.

Si el juez acuerda la acumulación, ordenará que los procesos más modernos se unan a los más antiguos para la tramitación en un mismo procedimiento y la decisión en una misma sentencia, con la especialidad de que no se suspenderá la vista que ya estuviera señalada si es posible tramitar el resto de procesos acumulados dentro del plazo determinado por el señalamiento. De no ser posible, el Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión del que tuviera la vista ya fijada, hasta que los otros se hallen en el mismo estado, procediendo a realizar el nuevo señalamiento para todos con carácter preferente y, en todo caso, dentro de los diez días siguientes.

g) Contestación

Conforme al art. 753.1 de la LEC, salvo disposición expresa en contra, los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, si bien el plazo para contestar a la demanda y la forma de esta deben realizarse conforme a lo previsto en el art. 405 LEC para el juicio ordinario.

h) Vista

Contestada la demanda, o transcurrido el plazo para ello, se citará a las partes a la vista (art. 440 LEC), debiendo solicitarse con antelación aquellas pruebas que exijan alguna actividad previa a este acto art. 440.1.p. 4º LEC.

36 Por lo que al Ministerio Fiscal se refiere, consúltese la Disposición Final Vigésima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En su desarrollo ha de darse audiencia al menor, que ejercerá este derecho por sí mismo cuando tenga suficiente madurez, o a través de su representante en otro caso³⁷.

Al comienzo de la vista la Entidad Pública informará de cuál es en ese momento la situación del menor, con objeto de que el juez conozca si han existido variaciones en las circunstancias concurrentes en el momento de acordar la medida o declaración posibilitando, de este modo, que su decisión sea lo más actualizada posible.

De igual modo, y como establece el art. 753.2 LEC, en este acto se practicará la prueba propuesta y admitida, y terminará con la formulación oral de las conclusiones por las partes, remitiendo a estos efectos a lo dispuesto para el juicio ordinario en el art. 433.2, 3 y 4 LEC.

i) Sentencia

La sentencia debe dictarse en los 10 días siguientes a la vista, art. 447 LEC.

No hay concesiones al principio dispositivo, de modo que las partes no pueden renunciar, allanarse o transigir, siendo únicamente posible el desistimiento con la conformidad el Ministerio Fiscal (art. 751 LEC).

j) Recursos

Contra la sentencia dictada cabe recurso de apelación y casación por la exclusiva vía, en este último caso, del interés casacional del art. 477.2.3 y 477.3 LEC.

k) Ejecución

En estos procesos se excluye la ejecución provisional, de modo que aunque la sentencia que les ponga fin estime la oposición, la situación del menor permanecerá inalterada dado que, por un lado, la medida acordada

37 En lo referente a la audiencia al menor y a la aplicación del art. 18.2.4º de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, vid. Abel Lluch, X. "Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del artículo 18.2.4ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria", *Diario La Ley*, Nº 9533, 2019.

por la entidad pública tiene carácter ejecutivo y, por otro, el art. 525.1.º LEC la excluye expresamente con el fin de evitar los perjuicios que supondría para el menor la revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada³⁸.

Por lo que se refiere a la ejecución definitiva, esta no siempre es posible por inviabilidad de cumplimiento *in natura* de lo estatuido³⁹, en cuyo caso se impone la sustitución mediante la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. No obstante, es necesario destacar la necesidad de actuar con diligencia en este ámbito, particularmente cuando se trata de ejecutar una sentencia firme estimatoria de la oposición en la que se deja sin efecto la declaración de desamparo por cambio de circunstancias, ordenando la reintegración del menor con su familia. En estos casos el trascurso del tiempo cobra una relevancia tal, que en la práctica lleva a equiparar demora con imposibilidad de ejecución⁴⁰.

III.- ESPECIALIDADES PROCESALES DEL PROCESO DE OPOSICIÓN

III.1.- LA REFORMA OPERADA POR LAS LEYES 54/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, Y 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

Hasta la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional, la regulación existente en materia de protección de menores era muy

38 Vid. Utrera Gutiérrez, J.L. “El sistema legal de protección de menores. Cuestiones prácticas”, incluido en el número monográfico sobre *Los procesos de familia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Cuadernos Digitales de Formación 4-2012, CGPJ, pág. 18. no obstante, si cabría en la propia sentencia adoptar alguna medida cautelar al amparo del art. 158.4 CC., si se constatase que la permanencia de la medida protectora declarada improcedente pudiese generar al menor un perjuicio grave.

39 Para Mascarell Navarro, M.J. “La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso”, *RGDP*, núm. 41, 2017, pág. 43, no es tolerable “que la pasividad de la Administración o de los órganos judiciales encargados de la ejecución, permita que el cumplimiento del pronunciamiento contenido en la sentencia sea sustituido por el pago de una indemnización”.

40 Mascarell Navarro, M.J. “La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso”, *RGDP*, núm. 41, 2017, pág. 42. Vid. STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 5º. Vid. SAP de Sevilla núm. 931/2002, de 26 de diciembre de 2002, FD 3º y 4º.

deficitaria, entre otras razones, por la ausencia de plazos para impugnar u oponerse a las referidas actuaciones administrativas. Esta situación generaba inestabilidad en el menor y su entorno, quienes trascurrido un tiempo razonable y afianzada la situación generada tras la declaración de desamparo, debían afrontar en ocasiones impugnaciones inopinadas⁴¹. Con el fin de resolver el problema, la referida Norma estableció dos clases de medios de impugnación⁴²:

En primer lugar, el art. 172.2 del CC. reguló la acción de revocación, ejercitable ante la Administración y encaminada a dejar sin efecto el desamparo⁴³ con fundamento en el cambio de circunstancias existentes en el momento en que fue declarado.

En segundo lugar, el art. 780 de la LEC estableció la acción de oposición ejercitable ante los Tribunales, dirigida a impugnar cualquier decisión administrativa en materia de protección de menores y, por tanto, también el desamparo.

De igual modo, la reforma fijó plazos específicos para el ejercicio de tales acciones. Concretamente, la modificación del art. 172 CC. se fundamentaba en la constatación de que, a efectos de dotar de estabilidad a la situación del menor, de nada servía limitar temporalmente las posibilidades de oposición en el citado art. 780 LEC, si simultáneamente se permitía que los padres pidieran a la Administración en cualquier momento la revocación del desamparo por cambio de circunstancias, o iniciaran procesos contra nuevas resoluciones dictadas por aquella en la materia. Para evitarlo, se

41 Vid. Marín Pareja, I., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), pág. 3411, la ausencia de límites temporales provocaba una situación de permanente provisionalidad de las medidas adoptadas, ya que permitía a los progenitores o tutores encadenar procedimientos de oposición a las sucesivas resoluciones dictadas por la entidad pública. Vid. Bayo Delgado, *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000*, Vol. IV (Barcelona: Marcial Pons, 2001), pág. 70. Vid. AAP de Toledo, 40/2005, de 10 de mayo.

42 Circular 1/2008, Sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por ley 54/2007 de 28 diciembre “La piedra angular del nuevo sistema es la distinción entre dos clases de medios de impugnación que hasta ahora estaban unificados tanto en su denominación -oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores- como en su régimen jurídico”. Vid. SAP Valencia, 3517/2017, de 18 de octubre, FJ 5º.

43 Si bien la jurisprudencia ha aludido, además de a la revocación del desamparo, a la existencia de “Acciones de revocación de otras resoluciones de protección por superación de la causa en que se fundaron: Estas acciones estarán sujetas al mismo plazo de caducidad de dos años”. SAP de Valencia 882/2017, de 18 de octubre, FJ 6º.

acotó a los progenitores la posibilidad de instar estas actuaciones, limitando la posibilidad de su ejercicio a los dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declaraba el desamparo⁴⁴. Agotado este plazo decaería su derecho, conservando únicamente la facultad de facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

La legislación sobre protección de menores fue nuevamente reformada en virtud de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Entre los aspectos más destacados cabe mencionar la unificación en dos meses del plazo para ejercitar la acción de oposición previsto en el art. 780 LEC (antes era diverso según se impugnara el desamparo u otra medida), la ampliación de la legitimación contemplada en el art. 172 CC a los tutores suspendidos en el ejercicio de la tutela (hasta este momento solo se reconocía a los progenitores suspendidos en el ejercicio de la patria potestad), y la resolución de algunas situaciones de incertidumbre existentes en la legislación anterior: por un lado precisa que la revocación debe solicitarse a la Entidad Pública⁴⁵, y por otro alude expresamente la legitimación que corresponde al Ministerio Fiscal para instar la revocación u oponerse transcurridos dos años de la notificación de la declaración de desamparo (art. 172.2.p.4º CC.). La redacción previa no la mencionaba, si bien era admitida por la Circular 1/2008 FGE⁴⁶ y reconocida en la jurisprudencia sobre la materia⁴⁷.

44 A decir de la Circular 1/2008 de la FGE, el legislador habría tenido en cuenta que, con independencia de que estuviese justificada la declaración de desamparo, debería darse a los progenitores la oportunidad de superar los obstáculos que les impidieron ejercer adecuadamente sus deberes. Vid. Mascarell Navarro, M.J. "La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso", *RGDP*, núm. 41, 2017, pág. 14 y 15.

45 Ha de recordarse a este respecto, que la protección de los menores es una competencia que corresponde a la Administración, de modo que es esta quien debe revocar la declaración de desamparo.

46 La Circular 1/2008 de la FGE, disponía en relación con el antiguo art. 172.8 CC. "Debe entenderse que la atribución al Fiscal de la superior vigilancia de la tutela (art. 174 CC) confiere al mismo legitimación activa para recurrir tales resoluciones administrativas. Otra interpretación llevaría a consagrar la exención de la fiscalización jurisdiccional de actos en los que el interés del menor puede verse profundamente afectado".

47 Vid. SAP de Palencia, 318/2009, de 22 de octubre, FD 2º.

III.2.- LA INTERRELACIÓN ENTRE LA ACCIÓN DE REVOCACIÓN DEL CC. Y LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN DE LA LEC. ANÁLISIS DE LA LEGITIMACIÓN

La legislación existente en la materia contempla por tanto las dos aludidas acciones cuya interrelación, unida a la prevalencia del interés del menor, ocasiona una serie de especialidades desde la perspectiva de la ortodoxia procesal que analizaremos a continuación.

La regulación actual de ambas determina de forma unificada la legitimación pasiva que corresponde, como ya hemos dicho, a la Entidad Pública encargada de la protección del menor y autora de la resolución administrativa impugnada y, en su caso, al progenitor no demandante, de ser impugnada la resolución administrativa solo por uno de los padres.

Más problemática resulta la determinación de la legitimación activa, ya que existe disparidad en su reconocimiento según atendamos a la regulación prevista en el CC. o en la LEC:

Por lo que se refiere a la acción de revocación, el art. 172.2 CC. fija la legitimación⁴⁸ en función del momento en el que se ejercite:

Durante los dos años siguientes a la notificación de la resolución administrativa de desamparo, los progenitores y tutores cuya patria potestad o tutela se encuentren suspendidas podrán, por un lado, solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y revoque la declaración de desamparo del menor si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela (art. 172.2 p.1º CC.) y, por otro, oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor (art. 172.2.p.2º CC.).

Transcurridos dos años de la notificación del desamparo, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública (art. 172.2.p.4º CC.), de modo que los referidos padres o tutores solo podrán facilitar información a la Administración y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio en las circunstancias que dieron lugar al

48 Pese a que el concepto de legitimación es genuino del ámbito jurisdiccional, decantándose el procedimiento administrativo por el de "interesado" tal y como se refleja en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, lo cierto es que en la Norma existen particulares menciones a aquél término; así sucede en el art. 116.b), que incluye entre las causas de inadmisión la de "Carecer de legitimación el recurrente".

desamparo (art. 172.2 p.3º CC.).

Por último, la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia si entiende que es lo más adecuado para su interés, debiendo notificar la decisión al Ministerio Público (art. 172.3 CC.).

Estas restricciones que introdujo en el art. 172 CC la Ley de Adopción Internacional fueron generalizadamente aplaudidas por cuanto se entendía dotaban de estabilidad a la situación del menor⁴⁹, llegando a censurarse incluso lo excesivo del plazo concedido a los progenitores para ejercer la revocación en estos casos⁵⁰.

No obstante, la situación no fue tan pacífica durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Protección a la infancia y a la adolescencia (Ley 26/2015, de 28 de julio), en la que se presentaron varias enmiendas en el Congreso y en el Senado denunciando que la limitación para los padres de las posibilidades de impugnación a los dos años resultaba excesiva y podía ser contraria a la Constitución en cuanto que restrictiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ya que, muy al contrario, estos siempre deberían poder impugnar las medidas de la Administración⁵¹. Pese a todo, las propuestas resultaron infructuosas, y la redacción del precepto permaneció inalterada.

Así vistas las cosas, si contrastamos la regulación prevista para la acción de revocación en el art. 172.2CC., con la contemplada en el art. 780 LEC para la acción de oposición, nos encontramos con varios problemas:

En primer lugar, el art. 172.2 CC. no solo establece un plazo de dos años para que los progenitores y tutores aludidos ejerciten la acción de

49 Para un interesante análisis de la cuestión vid. Mascarell Navarro, M.J. “La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso”, *RGDP*, núm. 41, 2017, págs. 18 y 19.

50 Al respecto y con una actitud manifiestamente crítica a la reforma del art. 172 CC. operada por Ley 54/2007, vid. Utrera Gutiérrez, J.L. “El sistema legal de protección de menores. Cuestiones prácticas”, incluido en el número monográfico sobre *Los procesos de familia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Cuadernos Digitales de Formación 4-2012, CGPJ, pág. 32.

51 Este análisis es tomado del exhaustivo trabajo de Mascarell Navarro, M.J. “La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso”, *RGDP*, núm. 41, 2017, pág. 19.

revocación del desamparo ante la Administración, sino que también fija este mismo plazo para que insten la acción de oposición a cualquier decisión administrativa ante los tribunales, de modo que pasado este tiempo solo estará legitimado el Ministerio Fiscal quien, además, podrá oponerse en todo momento.

Por otro lado, el art. 780 LEC otorga legitimación –entre otros- a los progenitores y tutores para que en el plazo de dos meses pueden formular oposición ante los tribunales, y ello con independencia de que esta se formule antes o después de transcurridos dos años desde la notificación del desamparo.

A esta falta de coherencia ha de añadirse, en segundo lugar otra crítica aún más severa y es que, como apunta MASCARELL⁵², en el contexto temporal analizado, el precepto no solo niega legitimación a todo aquél que no sea el Ministerio Fiscal impidiéndoles el acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE.), sino que además está equiparando negativamente a los padres y tutores suspendidos en la patria potestad y en la tutela, con aquellos que han sido privados de ellas, o lo que es lo mismo, sitúa en el mismo nivel a quienes tienen interés legítimo en pedir la revocación y en oponerse a las resoluciones administrativas dictadas en la materia⁵³, con quienes por las circunstancias aludidas carecen de él.

De lo expuesto se infieren dos cosas; la primera es que, quizá la legislación civil sea competente para fijar la condición de interesado en impugnar estos actos en el ámbito administrativo, pero no lo es, desde luego, para hacer lo propio con la legitimación en el ámbito jurisdiccional, de modo que el art. 172 CC habría cometido un exceso suplantando a la

52 Mascarell Navarro, M.J. “La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso”, *RGDP*, núm. 41, 2017, págs. 17 y ss. 19 y 20. vid. Díez García, H. *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), pág. 504. Entiende que en estos casos se estaría denegando a los afectados el acceso a la jurisdicción para hacer valer los derechos e intereses legítimos que el propio art. 172.7 les reconoce. “Por estos motivos, hay que reputar que este apartado del precepto resulta claramente vulnerador del art. 24 CE. y, por tanto, inconstitucional”.

53 Vid. STC 124/2002, de 20 de mayo, y la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 8 del Convenio: derecho de toda persona a que se respete su vida privada y familiar. A efectos de la lesión del derecho toma en consideración si en estos procesos los padres pudieron intervenir adecuadamente para garantizar la protección de sus intereses, (STEDH de 24 febrero 1995 asunto McMichael contra el Reino Unido, STEDH de 21 septiembre 2006 caso Moser contra Austria, STEDH 24 mayo 2011 asunto Saleck Bardi contra España, STEDH 18 junio 2013 asunto R.M.S. contra España, entre otras).

LEC en este punto. La segunda, es que correspondiendo a la Ley procesal la regulación de legitimación activa, esta no la determina en atención al tiempo transcurrido desde que se notificó la declaración de desamparo, sino tomando en consideración la existencia de interés legítimo y directo que padres y tutores tienen en la resolución.

De este modo, y en aplicación de lo afirmado, la aludida restricción temporal, en nuestra opinión, sería únicamente operativa en el ámbito del procedimiento administrativo y no en el jurisdiccional, esto significa, que pasados dos años desde el desamparo, los padres y tutores que se encuentran en la condiciones referidas no podrán instar la revocación ante la Administración, pero sí podrán oponerse a una concreta decisión en la materia ante los tribunales en el plazo de dos meses⁵⁴.

Ahora bien, esta interpretación pro tutela judicial efectiva únicamente es válida para las impugnaciones que se producen ante la jurisdicción, pero no para las que se insten ante la Administración, de este modo, la revocación del desamparo para los aludidos continúa sujeta a los dos años de caducidad desde su notificación, pesando sobre ella una evidente sombra de inconstitucionalidad. Lo afirmado se fundamenta en que esta limitación tiene evidentes repercusiones en términos de acceso a la jurisdicción para quienes son titulares de un interés legítimo en solicitar de la Administración que se revoque el desamparo por cambio de circunstancias que lo motivaron -sea cual sea el tiempo en que se produzca dicho cambio-, lo que conduce a cuestionar la adecuación del art. 172.2 CC a la Constitución⁵⁵.

No obstante, la validez de la norma resultaría salvada si, como dice la citada Autora, las limitaciones de acceso a los tribunales encuentran fundamento en la prevalente protección del menor⁵⁶. Para analizar esta cuestión hemos de tener en cuenta los siguientes aspectos:

En primer lugar, que entre las manifestaciones del interés del menor se

54 Vid. a este respecto, SSAP de Valencia 2059/2017 de 31 de mayo, FJ 1º, 497/17, de 31 de mayo, y 4315/2017 de 27 de noviembre.

55 Ordás Alonso, Marta, "El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, *Aranzadi civil-mercantil*. *Revista doctrinal*, Nº. 9, 2016, págs. 43-112.

56 Mascarell Navarro, M.J. "La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso", *RGDP*, núm. 41, 2017, págs. 20 y ss.

encuentra el derecho del niño a crecer bajo el cuidado de sus progenitores⁵⁷.

En segundo lugar, que el interés superior del niño no es necesariamente incompatible con el de los padres o tutores y, que, en todo caso, existiendo convergencia de intereses, ha de priorizarse el del menor sin desoír, en la medida de lo posible, otros concurrentes⁵⁸.

En tercer lugar, que permitir a los aludidos padres y tutores solicitar en cualquier momento la revisión de la declaración de desamparo por variación de circunstancias que lo motivaron no supone automáticamente el retorno del menor con ellos, ya que esto solo sucederá si es la opción más adecuada para su interés⁵⁹. Así vistas las cosas, carece de sentido la restricción, porque revisar no equivale indiscriminadamente a retornar.

Por último y en conclusión, la defensa del interés del menor no solo no debe excluir la de los progenitores o tutores, sino que muy al contrario debe incluirla, ya que son titulares de intereses legítimos y directos, y por esta razón, y a semejanza de lo que sucede con la Entidad Pública (art. 172.3 CC.), y con el Ministerio Fiscal, no deberían establecerse limitaciones a su acceso a los tribunales⁶⁰. En nuestra opinión, el límite a esta legitimación debería en la irreversibilidad de la situación del menor derivada, entre otras circunstancias, de haber consentido los progenitores en la adopción y de otras circunstancias definitivas⁶¹.

57 Así se recoge en los arts. 19 bis y 2.2.c de la LO 1/1996 de Protección del menor y en la normativa internacional. En este sentido vid. también STC 71/2004, de 19 de abril, SSTS 565/2009, de 31 de julio y 84/2011, de 21 febrero.

58 Vid. art. 2.4 LO 1/1996 y, entre otras, la STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4º: "... el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21 enero, FJ 7)". Seguimos en este punto una vez más a Mascarell Navarro, M.J. "La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso", *RGDP*, núm. 41, 2017, págs. 22 y 23.

59 Mascarell Navarro, M.J. "La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso", *RGDP*, núm. 41, 2017, págs. 24 a 26.

60 Mascarell Navarro, M.J. "La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso", *RGDP*, núm. 41, 2017, pág. 27 y 28.

61 En este sentido la conclusión 4ª de la Circular 1/2008 establece: "Carecerán de legitimación los progenitores cuando hayan sido privados de la patria potestad, cuando la persona tutelada hubiera alcanzado la mayor edad, hubiera sido adoptada o se hubiera emancipado". Siguiendo a Mascarell Navarro, M.J. "La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso", *RGDP*, núm. 41, 2017, pág. 28 y 32, no se puede privar

III.3.- CONCEPCIÓN DINÁMICA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS: EXCEPCIONES A LA PRECLUSIÓN Y EFICACIA DE COSA JUZGADA

Como ya ha sido expuesto, la jurisprudencia ha proclamado como principio rector de estos litigios la prevalencia del interés superior del menor, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo. A este respecto, el TC ha entendido, que dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar implicados, ha de admitirse la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos, que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas y en los que, por este motivo, se amplían las facultades del juez en garantía de los derechos que han de ser tutelados⁶².

No obstante, un análisis real de la materia no debe desconocer el sustrato vital presente en estos procesos: las relaciones personales -y las familiares lo son- por su propio dinamismo están sujetas a variabilidad, de modo que las condiciones presentes en el momento de la declaración del desamparo por la Entidad Pública pueden no ser las mismas que concurren cuando el juez ha de valorar la oposición a esta medida o a otras que son consecuencia de ella.

En este contexto ha existido una importante división en la jurisprudencia en orden a determinar qué circunstancias han de ser tenidas en cuenta por el juez al revisar la resolución administrativa de protección, dando lugar a la existencia de dos corrientes jurisprudenciales: la estática y la dinámica.

de legitimación a los progenitores mientras no haya finalizado la patria potestad (art. 169 CC) o termine la patria potestad por sentencia (art. 170 CC), y no se puede privar de legitimación a los tutores mientras no sean removidos en la tutela (art. 247 CC) o finalice la tutela (arts. 276 y 277 CC).

62 SSTC 58/2008, de 28 de abril, FD.2º y 75/2005, de 4 de abril, FD 3º: " ... los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo... dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1826 LEC)". STS 56/2009, Sala Primera, de 21 de julio, FJ 5º.

Conforme a la primera, la pertinencia de la declaración de desamparo u otras medidas ha de valorarse según el contexto existente en el momento en que fueron adoptadas⁶³.

El planteamiento dinámico, por el contrario, entiende que lo que el juez debe analizar no es tanto la corrección de la actuación administrativa adoptada en su momento, sino si a la luz de las nuevas circunstancias tal actuación es adecuada al tiempo de conocer de la oposición contra ella. Es decir, no si fue correcta la decisión de la Administración, sino si lo sigue siendo en el momento de su examen por el juez⁶⁴ opción, esta última, a la que nos adscribimos con fundamento en lo siguiente. En nuestra opinión, quizá la clave para analizar adecuadamente esta problemática radique en la toma de conciencia de que no nos encontramos antes un proceso contencioso en el que se revisa judicialmente la actuación de la Administración, sino en el seno de un proceso civil en el que el superior interés del menor provoca una modulación en el rigorismo de la *perpetuatio actionis*, y en el que la entidad de los intereses implicados ocasiona un incremento de las facultades del juez.

Esta afirmación exige realizar algunas precisiones:

63 STS 2131/2014, de 6 de junio de 2014, FD2º: "...la doctrina del TS es unánime en considerar que el momento en que debe determinarse si el padre estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad es el de la declaración de desamparo". STS 1275/2001, de 31 de diciembre, FD 2º: "La particularidad de la actual modificación de las circunstancias familiares... no empece a la decisión desestimatoria adoptada, toda vez que el litigio versa únicamente sobre la situación de desamparo acaecida en el mes de agosto de 1991, cuando la tutela de los mismos fue asumida por la entidad demandada". SAP 111/2005, de Les Illes Balears, de 11 de marzo, FJ 4º, "...en estos procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de menores la cognición del juez se limita a la resolución impugnada para lo cual es preciso tomar en consideración la situación tal cual ésta se presentaba en el momento en que se adoptó la decisión de protección y asunción de la tutela administrativa. Los hechos posteriores... no pueden ser tomados en cuenta para determinar si la intervención administrativa fue, cuando se produjo, ajustada o no a derecho".

64 SAP de Navarra 951/2011, de 2 de diciembre, FD3º: "la Sala considera más ajustada la concepción, que denominaríamos dinámica, ... esto es que la patria potestad y su posible privación ha de verse no sólo referida a un momento concreto, sino al momento en que se está examinando si procede o no dicha declaración, por encontrarse los progenitores incurso en causa de privación de la patria potestad". SSTS 60/2012, de 17 de febrero, FD 3º, y 407/2015, de 9 de julio, FD 3º. STS, 565/2009, de 31 de julio, FJ 5º: "En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC (actual art. 172.2 CC.), contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad".

Por un lado, si tal actualización circunstancial se fundamenta en dotar de una protección coetánea al interés del menor, esta necesidad deber encontrar aplicación en todas las medidas de protección adoptadas en la materia y no solo en el desamparo.

Por otro lado, la variación en las circunstancias que motivaron el desamparo o la concreta medida de protección ha de tomarse en consideración en varios momentos del proceso de oposición:

Así sucede, en primer lugar, si se produce una modificación en la situación del menor durante el plazo de dos meses que el art. 780 LEC contempla para formular oposición, o durante la tramitación del proceso una vez formulada aquella; el juez deberá tener en cuenta el cambio en el enjuiciamiento.

Si los cambios se producen una vez resuelta la primera instancia, estos deberán ser tenidos en cuenta por quien conozca de la apelación.

Desde el punto de vista procesal, lo expuesto supone la incorporación de hechos nuevos o novedosos, pudiendo abocar incluso a que el proceso sobrevenga carente de objeto, si las causas que motivaron la actuación administrativa han desaparecido cuando el asunto es conocido por los tribunales⁶⁵.

Por último, hemos de añadir que la incorporación procesal de las nuevas circunstancias puede realizarse a instancia de parte, mediante alegaciones temporáneas o extemporáneas, o tomarse en consideración de oficio por el juez si de los informes periciales y de la documentación obrante en autos se evidencia tal variación aunque no haya sido alegada por las partes.

Los aspectos analizados provocan algunas especialidades procesales, en primer lugar, en términos de preclusión, por un lado, y de respeto a la *perpetuatio actionis* o a la prohibición de la *mutatio libelli*, por otro y, en segundo lugar, desde la perspectiva de la cosa juzgada material.

Analizamos detenidamente estos aspectos:

65 Vid. Díez García, H. *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), pág. 493.

III.3.1. - Preclusión y *perpetuatio actionis*

La preclusión, recogida en el art. 136 LEC opera como garantía de la seguridad jurídica excluyendo situaciones sorpresivas y contrarias al derecho de defensa.

Este principio toma en consideración la ordenación temporal del proceso, de modo que el cierre de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella, si bien en estos casos, la existencia de un proceso no dispositivo y la protección del interés del menor permite relajar su vigencia, posibilitando que el juez decida sobre los hechos “con independencia de cuando fuesen alegados o introducidos de otras maneras en el procedimiento”⁶⁶, y otro tanto sucede con la prueba que, por otra parte, puede ser acordada de oficio en estos procedimientos⁶⁷.

Por otro lado, la imposición de la *perpetuatio actionis*/prohibición de la *mutatio libelli* (art. 412 LEC) - según contemplemos el instituto desde una perspectiva imperativa o prohibitiva- es una manifestación del anterior principio de preclusión, y supone que establecido el objeto del proceso en los escritos de alegaciones iniciales, las partes no podrán alterarlo con posterioridad.

En consecuencia, con carácter general, una vez iniciada la litispendencia, el tribunal no tendrá en cuenta en la sentencia las innovaciones que introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención⁶⁸.

Como es sabido, la finalidad de la *perpetuatio actionis* es aportar seguridad jurídica como garantía de la igualdad de oportunidades de defensa, evitando tener que acudir a reactualizadas maniobras de contradicción. No obstante, el principio puede ser exceptuado, permitiendo a las partes efectuar alegaciones complementarias (art. 412.2 LEC), y al juez tomar en consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio “cuando -como dice el TS⁶⁹- lo imponen razones de interés público o general

66 SAP de Sevilla, 4478/2005, Sección 5, de 17/03/2005, FD 3º.

67 SAP de La Coruña 247/2009, de 21 de mayo, FD 3º.

68 Salvo que la innovación prive definitivamente de interés legítimo las pretensiones inicialmente deducidas por satisfacción extraprocésal o por otra causa, art. 413 LEC.

69 STS 565/2009, de 31 de julio de 2009, FJ 5º.

relacionadas con el objeto del proceso que determinan que este se rija por los principios de oficialidad y verdad material, o cuando deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de contradicción que presiden su desarrollo”.

Ello supone que, si en el proceso civil se permite alegar hechos nuevos decisivos, formular alegaciones complementarias y solicitar las pruebas conducentes a verificarlos fuera de los plazos previstos para ello, en los procesos de oposición estas posibilidades se admiten incluso excediendo los linderos de la simple complementariedad.

Podemos decir, en conclusión que si el juez, en aras del interés superior del menor ha de resolver tomando en consideración las circunstancias concurrentes en el momento en que conozca del asunto, ello será a costa de permitir modificaciones o alteraciones del objeto procesal excluyéndose así la *perpetuatio actionis*⁷⁰ y si, además, estas alegaciones -y la prueba conducente a verificar los hechos introducidos- se admite sin sujeción al imperio de los estrictos plazos procesales, será en virtud de flexibilizar el principio de preclusión, art. 136 LEC⁷¹.

III.3.2. - La cosa juzgada material

Hemos aludido también a ciertas particularidades en lo que se refiere a la eficacia de cosa juzgada material de los pronunciamientos dictados en estos procesos. Veamos ahora estas cuestiones:

En primer lugar, estas resoluciones suscitan problemas en relación con el efecto negativo de la cosa juzgada material.

70 La *perpetuatio actionis* supone que el proceso debe resolverse en atención a la situación fáctica y jurídica existente en el momento de admisión a trámite de la demanda, Vid. STS 373/1998, 23 abril 1998, FD2º. Conforme al art. 412 LEC, el juez puede tomar en consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio “cuando lo impone razones de interés público o general relacionadas con el objeto del proceso que determinan que este se rija por los principios de oficialidad y verdad material, o que deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de contradicción que presiden su desarrollo”. STS 565/2009, de 31 de julio, FJ 5º.

71 STC187/1996, de 25 noviembre, FD 1º, STC 75/2005, de 4 de abril, FD 3º, dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la “preclusividad”. En el mismo sentido Vid. STC 58/2008, de 28 de abril, FJ. 2, STS 565/2009, de 31 de julio, FJ 5º.

Como se recordará, el art. 172.2 CC permite instar la revocación de la declaración de desamparo en su día acordada, y el art. 780 LEC permite formular oposición si tal revocación es desestimada, pues bien, las situaciones en las que podemos encontrarlos son las siguientes:

Supongamos en primer lugar, que tras la primigenia declaración del desamparo por la Administración no se formuló oposición y por tanto no existió un pronunciamiento judicial al respecto; si posteriormente se insta la revocación y esta es desestimada, la oposición que se formule contra ella (la relativa a la revocación) no afecta a la dimensión negativa de la cosa juzgada material, ya que al no existir una resolución previa, nos encontramos ante la simple revisión jurisdiccional de un acto administrativo que es posible instar en el plazo de dos meses como dispone el art. 780 LEC.

Supongamos, sin embargo, que tras la inicial declaración de desamparo sí existió un primer proceso de oposición contra ella, y se dictó una sentencia desestimatoria; si posteriormente se insta la revocación y esta es desestimada, la oposición que se formule en este caso (art. 172.2 CC. y 780 LEC) da lugar a un segundo proceso que genera problemas en relación con la eficacia de cosa juzgada material de la sentencia recaída en el primero.

A modo de aclaración podemos decir que en este supuesto nos encontramos con dos procesos de oposición sucesivos en el tiempo: el primero referido a la impugnación inicial del desamparo, y el segundo relativo a la desestimación de su revocación.

La posibilidad de que exista un posterior proceso de oposición que prescinda de lo resuelto en el previo plantea la siguiente cuestión: o bien la resolución recaída en el primero carece del efecto negativo de cosa juzgada material⁷², o bien teniendo tal eficacia, el juez del segundo proceso la desconoce.

La situación expuesta lleva a alguna doctrina y jurisprudencia a afirmar que las resoluciones dictadas en estos procesos “no pueden

72 Quienes defienden la ausencia de eficacia de cosa juzgada de estas resoluciones podrán argumentar que la inseguridad jurídica que se deriva de esta situación resulta paliada con el establecimiento del plazo de dos años desde la declaración de desamparo para que los padres puedan pedir la revocación de este u oponerse a concretas medidas de protección. Amén de no compartir la ausencia de los efectos de la cosa juzgada, la crítica es obvia: se alcanza la estabilidad del menor privando de legitimación a los legítimamente interesados.

gozar del efecto de la cosa juzgada material, ya que el posterior cambio de circunstancias relativas a la situación del menor permitirá en su caso modificar las resoluciones judiciales que sobre su situación personal se hubieren adoptado”⁷³, añadiendo que el superior interés del menor siempre prevale sobre cualquier criterio de seguridad jurídica.

Mi opinión es discrepante en este punto y, muy al contrario, entiendo que la resolución inicial posee eficacia de cosa juzgada material en atención al siguiente y decisivo argumento: el cambio de circunstancias existente provoca a su vez un cambio en la pretensión, de modo que el juez que enjuicia la oposición a la revocación desestimada, no es que desconozca la eficacia de la sentencia previa, sino que no está vinculado negativamente por ella porque analiza una pretensión distinta⁷⁴.

Además, la existencia de la cosa juzgada material en estos casos se fundamenta en la siguiente reflexión: si la Entidad Pública puede de oficio (o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada) revocar la declaración de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia cuando entienda que es lo más adecuado para su interés (art. 172.2.p.5º CC.), y si además puede hacerlo incluso cuando la declaración inicial fue impugnada ante los tribunales y estos desestimaron la oposición ¿Cómo es posible que se permita a la Administración desconocer los efectos de una sentencia judicial que además ya alcanzado firmeza? Frente a quienes defienden que la razón es, nuevamente, la ausencia de cosa juzgada material de estas resoluciones, se impone la defensa de que en este caso, como hemos dicho, no hay una “cosa juzgada” sino por juzgar, de ahí que no exista vinculación de su contenido para la Entidad Pública.

En segundo lugar, y en lo que a este trabajo se refiere, los problemas relativos, esta vez, al efecto positivo de la cosa juzgada material pueden darse en el siguiente supuesto.

73 SAP de Valencia 882/2017, de 18 de octubre, FJ 2º. Vid. Egea Fernández, J. “La Doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la Entidad Pública. (Sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre), Derecho Privado y Constitución, Núm. 5. Enero-Abril 1995, págs. 268 y 269, aunque referido a la tramitación antigua de estos procesos por los cauces de la jurisdicción voluntaria afirma que “por la propia naturaleza de la materia (declaración de desamparo) objeto del expediente de JV, no puede hablarse de que se produzca, en toda su amplitud, el efecto de cosa juzgada material”.

74 Vid. Díez García, H. *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), págs. 497 y 498.

Una vez declarado el desamparo, la Administración puede acordar determinadas medidas con fundamento en esta declaración, por ejemplo, el acogimiento del menor. Si se formula oposición contra aquél, el juez para su resolución habrá de partir del desamparo previo, porque la sentencia que lo acuerde tiene efecto prejudicial o condicionante sobre la que haya de dictarse en el ulterior proceso. No obstante, la situación no es en absoluto pacífica.

Con carácter previo a la Ley 54/07, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional era habitual que ante la ausencia de plazos⁷⁵ se impugnara indirectamente el desamparo con ocasión de la oposición a una concreta medida de protección. En el caso que hemos tomado como ejemplo, la impugnación del acogimiento se haría con fundamento en que carecía de sentido mantener el desamparo que la justificaba⁷⁶. Podría entenderse, en estos supuestos, que el juez que conocía del proceso de oposición contra la medida, no solo desconocía el efecto negativo de la primera sentencia no respetando el desamparo declarado en ella, sino que también desconocía el efecto positivo o prejudicial, porque para resolver sobre la impugnación del acogimiento debería haber partido del desamparo judicialmente acordado.

En nuestra opinión, en realidad no sucedía ninguna de estas cosas. El juez no desconocía la vertiente negativa porque, como ya hemos dicho, el cambio de circunstancias provocaba que la pretensión fuera otra, y tampoco desoía la positiva ya que no existiendo identidad de objetos no habría efecto negativo, no existiendo efecto negativo, tampoco puede existir efecto positivo o prejudicial. Dicho de otro modo, la ausencia de identidad objetiva, excluiría la posterior vinculación entre objetos conexos⁷⁷.

75 SAP de Valencia 882/2017, de 18 de octubre, FJ 3º y 4º.

76 Incluso era posible que existiendo sentencia firme desestimando la oposición al desamparo, se formulara simultánea o posteriormente la solicitud de guarda y custodia por parte de los padres biológicos del menor o por su familia de origen y el subsiguiente cese del acogimiento, que únicamente cabía entender como una acción conducente a pedir que cese la situación de desamparo. Vid. Díez García, *Comentarios al Código Civil. Tomo II (Arts. 152 a 360)*, dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), pág. 281. Vid. Memoria FGE 2005, cap. IV.

77 La primera sentencia no puede excluir un proceso ulterior si el objeto del segundo proceso es distinto, ni puede ser condicionante o presupuesto de un proceso con objeto conexo cuando el objeto o pretensión judicialmente condicionante ha cambiado. Montero Aroca *La cosa juzgada: conceptos generales*, en "Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)", *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 85-86. El efecto prejudicial de la cosa juzgada provoca que esta opere en un segundo proceso, de suerte que el juzgado de este debe atenerse a lo ya juzgado cuando tiene que decidir sobre

No obstante, y pese a defender la eficacia prejudicial de estas resoluciones, entendemos que el sustrato vital que subyace a este tipo de procesos hace aconsejable que el juez proceda con cautela a la hora de resolver sobre la oposición a una medida que trae causa de la declaración de desamparo previa.

Planteada así la cuestión, el problema es determinar qué sucede cuando ante el juez que conoce de la oposición al acogimiento o a la concreta medida de que se trate, se suscita la pertinencia del desamparo que le sirve de fundamento o, dicho de otro modo, qué ocurre si las partes impugnan el acogimiento pero con fundamento en que no procede el desamparo.

En la actualidad la situación descrita difícilmente podría producirse, ya que la presencia de plazos para solicitar la revocación y para oponerse a las decisiones administrativas sobre protección de menores la excluye en la práctica.

En todo caso, ante un supuesto como el apuntado, el ordenamiento procesal ofrece una adecuada solución:

En primer lugar, si los legitimados no han instado la revocación del desamparo, el juez no podrá pronunciarse sobre aquél ni aún a sabiendas de que en la actualidad pueda no ser procedente, pero tampoco podrá eludir el pronunciamiento sobre la medida, vinculado como está por la prohibición del *non liquet* y por el deber de exhaustividad, de modo que deberá resolver decidiendo sobre la pertinencia o impertinencia de la concreta medida acordada.

En estos casos lo deseable es que, en paralelo, el Ministerio Fiscal, en cumplimiento de su deber constitucional de defender la legalidad y el interés del menor, solicite la revocación si no lo hacen los padres ni la Administración.

En segundo lugar, si los legitimados han instado la revocación del desamparo, y la Administración no se ha pronunciado o se ha pronunciado desestimando la revocación y los afectados no han formulado oposición contra ella, el juez, al igual que en el caso anterior, resolverá únicamente

una relación o situación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial. Vid. De la Oliva, *Objeto del Proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, (Cizur Menor: Aranzadi, 2005), pág.53.

sobre la oposición al acogimiento cumpliendo con su deber de congruencia.

Ahora bien, si la Administración ha resuelto desestimando la revocación del desamparo y contra ella se ha formulado oposición ante los tribunales, lo procedente es que, conforme al art. 76.1.º LEC, el juez acuerde de oficio o a instancia de parte la acumulación de ambos procesos, siempre que se encuentren en la misma instancia procesal y concurren los demás requisitos exigidos.

De no ser posible la acumulación, se suspenderá el proceso de oposición a la medida protectora hasta que se resuelva el relativo a la revocación del desamparo, dado el carácter condicionante que este tiene en aquél (sería un supuesto de prejudicialidad homogénea).

La situación descrita puede derivar incluso en carencia sobrevenida de objeto procesal: revocado el desamparo, no tiene sentido analizar la oposición al acogimiento o la medida de que se trate.

En atención a los argumentos aportados, la cuestión no radica tanto en determinar si los pronunciamientos recaídos en estos procesos tienen o no eficacia de la cosa juzgada material, sino en consensuar en qué consiste esta y, por tanto, en precisar cuándo despliega sus efectos.

IV.- CONCLUSIÓN

A modo de conclusión y tras el análisis efectuado creo necesario destacar varios aspectos:

En primer lugar, que sería aconsejable revisar la constitucionalidad del art. 172.2 CC y de la legitimación que impropia regula sometiendo a un plazo de caducidad injusto y desmedido a quienes tienen interés legítimo en instar la revocación del desamparo ante la Administración, y en oponerse a las actuaciones administrativas ante la jurisdicción.

En segundo y último lugar, que es necesario actuar con diligencia en lo relativo a la ejecución de las sentencias recaídas en estos procesos. La entidad del bien jurídico afectado, el interés del menor, y la particular

interpretación que los niños hacen del tiempo y de su transcurso exige evitar demoras que habitualmente derivan en inejecuciones en sus propios términos desde el punto de vista procesal, y en importantes costes emocionales desde el punto de vista personal.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

-Abel LLuch, X. “Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del artículo 18.2,4^a de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley*, Nº 9533, 2019.

-Bayo Delgado, *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000*, Vol. IV (Barcelona: Marcial Pons, 2001).

-De la Oliva, *Objeto del Proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, (Cizur Menor: Aranzadi, 2005).

-Díez García, H.:

-*Comentarios al Código Civil. Tomo II (Arts. 152 a 360)*, dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013).

-*Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015).

-Egea Fernández, J. “La Doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la Entidad Pública. (Sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre), *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 5. Enero-Abril 1995.

-García Medina, J. “El interés superior del menor. Contenido e interpretación”, *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* / coord. Montserrat

de Hoyos Sancho (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013).

-González Pillado, E. “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, *InDret* 2/2008, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/532_es.pdf (fecha de consulta 07-04-2020).

-Marín Pareja, I., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015).

-Mascarell Navarro, M.J. “La oposición a la resolución administrativa de desamparo: límites a la legitimación y duración del proceso”, *RGDP*, núm. 41, 2017.

-Montero Aroca, J. “La cosa juzgada: conceptos generales”, en “Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995.

-Múrtula Lafuente, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, (Madrid: Dykinson, 2016).

-Ordás Alonso, Marta, “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Nº. 9, 2016, págs. 43-112.

-Picó i Junoy, J.:

- “El juez civil y la prueba: una historia mal contada”, *Diario La Ley*, Nº 7092, 2009.

- “La iniciativa probatoria del juez civil”, *Advocatus*, Nº. 18, 2008, págs. 73 y ss.

- “La iniciativa probatoria del Juez civil: un debate mal planteado”, *Revista uruguaya de derecho procesal*, Nº. 3, 2007, págs. 573 y ss.

-Utrera Gutiérrez, J.L.:

-“Algunas cuestiones en relación al control jurisdiccional de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La

reforma de los artículos 172 del Código Civil y 779,780 y 781 de la LEC por las disposiciones finales de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional”, número monográfico sobre *Cuestiones prácticas del Derecho de familia en nuestro ordenamiento jurídico y en el internacional*, Cuadernos Digitales de Formación 24-2008, CGPJ.

- “El sistema legal de protección de menores. Cuestiones prácticas”, incluido en el número monográfico sobre *Los procesos de familia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Cuadernos Digitales de Formación 4-2012, CGPJ.

BUENAS PRÁCTICAS EN LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS ANTE LA VIOLENCIA FILIO PARENTAL

GOOD PRACTICES IN THE JUDICIAL INDIVIDUALIZATION OF THE MEASURES ADOPTED AGAINST PARENTAL FAMILY VIOLENCE

FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILLO¹

Profesor Titular de Derecho Procesal.

Universidad de Granada

fjgc@ugr.es

SUMARIO:

I. EL PROCESO PENAL DE MENORES ANTE LA VIOLENCIA FILIO PARENTAL. 1.1. Consideraciones previas. 1.2. La Denuncia en los casos de violencia filio parental. 1.3. Comparecencia del progenitor. 1.4. La obligación de declarar. 1.5. La audiencia del equipo técnico y el derecho a la última palabra del menor. 1.6. El principio de oportunidad ante la violencia filio parental. 1.7. La responsabilidad civil en los delitos de violencia filio parental. II. CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS CASOS DE VIOLENCIA FILIO PARENTAL. III. CUESTIONES GENERALES DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES EN LA VIOLENCIA FILIO PARENTAL. 3.1. Consideraciones previas.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+d+i (Ref. DER 2016-78096-P), titulado “Garantías Procesales de Investigados y acusados: La necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea”, y de la Red De Cooperación internacional y de excelencia científica de estudio y análisis de la “Justicia, Derecho, Constitución y Proceso”.

3.2. Duración de las medidas. 3.3. Particularidades de las medidas en los supuestos de violencia filio parental. IV. LAS MEDIDAS JUDICIALES EN LA VIOLENCIA FILIO PARENTAL. 4.1 La libertad vigilada. 4.2. Internamientos. 4.2.1. Internamiento en régimen cerrado. 4.2.2. Internamiento en régimen abierto y semiabierto. 4.2.3. Internamiento terapéutico. 4.3. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. 4.4. Tratamiento ambulatorio. 4.5. Realización de tareas socioeducativas. 4.6. Prestaciones en beneficio de la comunidad. 4.7. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. 4.8. Otras Medidas. 4.8.1. La asistencia a centros de día. 4.8.2. La permanencia de fin de semana. 4.8.3. La Amonestación. 4.8.4. La privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor o del derecho a obtenerlo o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. 4.8.5. La inhabilitación absoluta.. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En los supuestos de Violencia Filio Parental, la especial relación entre el menor-autor, responsable del hecho criminal, y las víctimas del delito (sus padres o ascendientes), ponen a prueba el proceso penal de menores y el modelo de discrecionalidad judicial que se consagra en el mismo, que tiene por objeto favorecer la individualización de la medida así como su forma de ejecución para dar respuesta a las necesidades reeducadoras y resocializadoras del menor infractor. Para ello es esencial, que respetando los principios básicos de nuestro proceso, podamos identificar las posibilidades y limitaciones de nuestra ley en la concreción de buenas prácticas judiciales ante la violencia filio parental.

Palabras Clave: Violencia filio parental, proceso penal de menores, medidas judiciales, individualización de la medida, buenas prácticas judiciales

ABSTRACT

In the cases of filio-parental violence, the special relationship between the minor-author, responsible for the criminal act, and the victims of the crime (their parents or ascendants), tests the criminal proceeding of minors and the judicial discretionary model, which aims to favor the individualization of the measure as well as its form of execution with the purpose to respond to the needs of reeducation and resocialization of the minor offender. For this, it is essential that, respecting the basic principles of our process, we can identify the possibilities and limitations of our law in the realization of good judicial practices before of parental violence.

Keywords: Filio-parental violence, juvenile criminal proceedings, judicial measures, individualization of the measure, good judicial practice.

ABREVIATURAS:

CGPJ.-	Consejo General del Poder Judicial
CP.-	Código penal
FGE.-	Fiscalía General del Estado
LECRim.-	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO.-	Ley Orgánica
LORRPM.-	Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal del Menor.
MF.-	Ministerio Fiscal.
PIEM.-	Programa individualizado de Ejecución de medidas.
RLORRPM.-	Reglamento de la LORRPM.
VFP.-	Violencia filio parental.
Vid.	Véase

I. EL PROCESO PENAL DE MENORES ANTE LA VIOLENCIA FILIO PARENTAL.

1.1 CONSIDERACIONES PREVIAS.

Para calificar la conducta violenta que los menores de edad ejercen sobre sus ascendientes se utilizan múltiples términos como “síndrome de los padres maltratados”, “abuso de padres”, “maltrato parental”, “síndrome del emperador”, “hijos psicópatas”, “hijos tiranos”, “pequeños dictadores”, “padres golpeados”, “violencia de adolescentes y menores hacia los padres”, “violencia ascendente”, “violencia invertida” o, “violencia filio parental”. De todas estas expresiones esta última denominación de “violencia filio parental”, es la más acertada por cuanto es la menos estigmatizante y describe de forma objetiva y rigurosa la realidad social a la que se circunscribe.

Pero dicho esto, en lo que no existe consenso es en la delimitación de la materia. Por esta razón la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-Parental (SEVIPIF), buscando una formulación práctica y pragmática, propuso en 2014 una definición en la que concretaba como violencia filio-parental las “conductas reiteradas de violencia física, psicológica (verbal o no verbal) o económica, dirigida a los y las progenitoras, o aquellos adultos que ocupan su lugar. Se excluyen: las agresiones puntuales, las que se producen en un estado de disminución de la conciencia que desaparecen cuando ésta se recupera (intoxicaciones, síndromes de abstinencia, estados delirantes o alucinatorios), el autismo o la deficiencia mental grave y el parricidio sin historia de agresiones previas”².

En lo que sí parece que hay acuerdo es en la dimensión y en la urgencia del problema, lo que se debe por un lado a su impacto mediático y por otro a que está presente en todo tipo de familias.³ Desde 2007 más de 46.000

2 El debate entre los socios de SEVIPIF tuvo lugar en Octubre de 2014. Datos extraídos de: [<http://www.sevifip.org/index.php/2013-10-26-21-52-54/definicion-de-vfp-pdf/file>]. Consulta de 15 de noviembre de 2018.

3 Muestra de ello es que desde que se comenzara a contabilizar en 2007 los procedimientos seguidos contra menores por Violencia Filio Parental, esta cifra ha llegado a suponer casi un 19% (año 2015) del total de expedientes incoados por cualquier tipología delictiva, encontrándose entre los 6 delitos más cometidos por menores. En concreto los procedimientos abiertos a menores por violencia doméstica fue respectivamente desde 2007 a 2017, de 2.683; 4.211; 5.201; 4.995; 5.377; 4.936; 4.659; 4.753; 4.898; 4.355; 4.665. *Vid.* Memorias anuales de la FGE publicadas entre 2012 y 2018.

Por su parte y atendiendo a los datos ofrecidos por el CGPJ se constata un incremento en

menores han sido expedientados por violencia doméstica, por lo que no cabe duda de que se trata de un fenómeno en auge que exige la atención necesaria que permita articular propuestas y soluciones adecuadas, todo ello al amparo de las posibilidades y limitaciones de Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (en adelante LORRPM). A este esfuerzo, se dedica el presente trabajo, centrado en concretar buenas prácticas en la individualización judicial de las medidas susceptibles de adoptar.

1.2 LA DENUNCIA EN LOS CASOS DE VIOLENCIA FILIO PARENTAL.

La intervención judicial quizá no sea la más adecuada para reprimir las conductas violentas de los menores hacia sus progenitores pero cuando la conducta perpetrada por el menor reviste entidad penal y fallan tanto las medidas de prevención como las intervenciones previas desde otros ámbitos (sistema de protección, educativo o el sanitario) se convierte en la única respuesta posible.

Los familiares afectados deciden denunciar cuando están desbordados por el problema, acuden a la justicia como último recurso y cuando ya han intentado otras alternativas con las que han fracasado. Con ello pretenden evitar que el menor les siga agrediendo, obteniendo alguna orden de protección o medida cautelar, no buscan un castigo, sino ayudar a sus hijos.

Por otro lado, en ocasiones, los padres que sufren violencia filio parental no cursan denuncia alguna o la retrasan, con la intención de preservar lo que consideran “la buena imagen familiar”, manteniendo la situación en el ámbito privado, y tratando de evitar la “vergüenza social” que para ellos

los procedimientos registrados por violencia doméstica en los juzgados de menores, habiendo pasado de 1.673 casos en el año 2007 a 2606 en el año 2018, un incremento de un 55 %. (Información extraída de la base de datos de Estadística Judicial (PC-AXIS) del CGPJ: <http://www6.poderjudicial.es>).

Y si concretamos más nuestro análisis y pasamos de los asuntos registrados, a los menores enjuiciados por asuntos de violencia doméstica, comprobamos que, conforme a los datos del CGPJ hemos pasado de 1032 menores en el año 2007 a 1925 menores el pasado año 2018, lo que supone un incremento de un 86 %. (Menores enjuiciados por delitos y faltas (o delitos leves) de violencia doméstica (datos del CGPJ base de datos de Estadística Judicial (PC-AXIS) del CGPJ: <http://www6.poderjudicial.es>).

supone que estén siendo agredidos por sus propios hijos⁴.

En definitiva, los supuestos de violencia filio parental llegan a conocimiento del Ministerio Fiscal por denuncia de los progenitores (de la madre en la mayoría de los casos), a través de partes médicos de los hospitales o centros de salud, o mediante denuncias presentadas por los vecinos, por intervenciones de la policía, e incluso por medio de informes que elaboran los servicios sociales o los técnicos de ejecución de medidas judiciales (arts. 1.1 y 16 LORRPM). Siendo posible también que el Ministerio Fiscal conozca de la comisión del delito por remisión del Juez de instrucción.

Una vez que los padres deciden denunciar los hechos a la policía, siendo el hijo detenido, esta detención debe comunicarse inmediatamente al Ministerio Fiscal. La particularidad con respecto a otros delitos es que la declaración del menor detenido se llevará a cabo en presencia de su letrado y del MF representado por persona distinta del instructor del expediente, y esto es así, porque las circunstancias, en estos casos, no aconsejan la presencia de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor -de hecho o de derecho-, puesto que serán las víctimas u ofendidos (art. 17 LORRPM).

Una vez que la situación ha sido comunicada al MF, éste puede admitir o no a trámite la denuncia. Si la admite a trámite, por ser los hechos indiciariamente constitutivos de delito, practicará las diligencias pertinentes para su comprobación. Cuando se trate de hechos irrelevantes penalmente, se archivará, con remisión de testimonio, en su caso, a la entidad pública de protección. Si por el contrario, entiende que los hechos constituyen un delito, el MF dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores para que inicie las diligencias de trámite correspondientes. La resolución recaída sobre la denuncia expresando el archivo o la incoación deberá notificarse a quienes hayan formulado la misma.

Todo ello dará paso a la apertura de un proceso penal de menores que ha de caracterizarse por su brevedad y agilidad, habida cuenta que las dilaciones en el mismo son mucho más perturbadoras que en el proceso de adultos. Y en los supuestos de violencia filio parental estas características han de observarse con mayor rigor puesto que la protección de las víctimas

4 Entienden los Padres que la denuncia estigmatizará a su hijo que será considerado un delincuente, y por otro lado el entorno social los culpabilizará por el fracaso en su tarea educadora. A esto hay que añadir el peligro de que la denuncia incremente la violencia contra ellos, y se rompa definitivamente la relación con sus hijos.

y la intervención con el menor requieren una actuación inmediata. Por ello en violencia filio parental, y debido a esa especial relación con las víctimas, las medidas cautelares adquieren mayor relevancia si cabe, siendo aconsejable su adopción, tanto de oficio como a instancia de los denunciantes.

1.3 COMPARECENCIA DEL PROGENITOR.

Cuando los progenitores del menor agresor contra el que se sigue el procedimiento hayan de comparecer en calidad de denunciante o testigos, no podrán estar presentes desde el inicio de la audiencia como acompañantes y representantes del menor, sino que habrán de aguardar fuera de la sala hasta que no depongan como testigos. Y todo ello de conformidad con el art. 35.1 LORRPM que en relación a los asistentes a la audiencia, entre los que se encuentra el propio menor, dispone "...que podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del equipo técnico, acuerde lo contrario". De esta forma, la presencia de los representantes legales del menor se somete a un tratamiento individualizado, pudiendo ausentarse cuando así lo considere el Juez de Menores, que será lo que proceda en los casos de violencia filio parental, por cuanto que coincide en la misma persona la figura del progenitor o representante legal y la de víctima y/o acusador particular.

Asimismo, y en lo que respecta al ámbito civil, en los supuestos de violencia filio parental donde obviamente los progenitores tienen un interés opuesto al de su hijo menor de edad y no emancipado, se nombrará a éste un defensor judicial, salvo que el conflicto de intereses exista tan sólo con uno de los progenitores ejerciendo el otro la representación legal del menor sin necesidad de nombrar un defensor judicial (algo poco usual en los supuestos que aquí tratamos). De tal manera, la representación del menor la asumirá el MF, a través de un Fiscal distinto del que ha llevado a cabo la instrucción y ejerce la acusación pública (arts. 163 y 299 a 302 del Código Civil).

1.4 LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR.

En cuanto a la obligación de declarar, los padres, aun siendo los únicos denunciante o testigos de los hechos, estarán dispensados de declarar (art. 416 LECrim). Sin embargo si el progenitor se acoge a la dispensa del

deber declarar y su testimonio es la única prueba de cargo posible, en la mayoría de ocasiones supondrá la absolución del menor por cuanto no habrá pruebas de cargo suficientes para enervar su presunción de inocencia. Por el contrario, si el progenitor no se acoge a la dispensa del deber de declarar, su sólo testimonio podrá enervar la presunción de inocencia e implicar una sentencia condenatoria, no obstante, para que esto suceda, el Tribunal Supremo ha establecido una serie de exigencias⁵:

- Que se dé ausencia de incredibilidad subjetiva. Se refiere a la credibilidad de la víctima, testigo único, de tal modo que no haya motivos de venganza o espurios a los que racionalmente pueda obedecer la denuncia o ésta pueda venir condicionada por aquéllos.

- Que haya verosimilitud en esas manifestaciones por su propio contenido y por la existencia de datos o corroboraciones que sirvan de algún modo para hacer creíble lo dicho por la víctima.

- Y por último se exige que haya persistencia en la incriminación, sin ambigüedades ni contradicciones importantes.

Por último, aunque no es frecuente, en ocasiones se da la presencia de un tercero en el concreto caso de violencia filio parental, suelen ser personas pertenecientes o cercanas al núcleo familiar, que han presenciado u oído el hecho y que son llamadas a declarar como testigos. En dichos supuestos, y conforme al art. 37.3 LORRPM habremos de estar a lo dispuesto en la LO 19/1994, de 23 de Diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Asimismo, el Juez de Menores podrá acordar que su declaración tenga lugar sin que puedan ser observados pero sí oídos, siendo admisible que lo hagan en circuitos cerrados de televisión si se dispone de medios o por videoconferencia, que será el sistema más idóneo para garantizar la seguridad del testigo⁶.

5 Vid. FJ. 3. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 18 de Junio de 2014 (Aranzadi, RJ\2014\3963); FJ. 2. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 17 de Diciembre de 2013 (Aranzadi, RJ\2014\369); FJ. 5. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 27 de Diciembre 2012 (Aranzadi, RJ\2012\94566).

6 Vid. GARRIDO CARRILLO, F. J. "La fase de audiencia o de juicio oral en el proceso penal de menores", en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.). *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*. Dykinson. Madrid. 2010. P. 493.

1.5 LA AUDIENCIA DEL EQUIPO TÉCNICO Y EL DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA DEL MENOR.

En relación a la necesaria intervención del equipo técnico, el art. 37.2 LORRPM impone la audiencia del mismo, que debe ser oído como necesaria prueba pericial en cuanto a las circunstancias del menor, es decir, en relación a “la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley” (art. 27.1,3 LORRPM). Al margen de esta pericial del equipo técnico, el acusador particular, esto es, el progenitor víctima del maltrato perpetrado por el menor, puede aportar un informe pericial emitido por un médico-forense (art. 456 LECrim).

Por último en relación al derecho a la última palabra, conforme al art. 739 LECrim, el Juez cuidará que el menor al usar la palabra no ofenda a la moral, ni falte al respecto debido al órgano jurisdiccional ni a las consideraciones debidas al resto de personas, ciñéndose a lo que sea pertinente y siéndole retirada la palabra en caso necesario. Así pues, el Juez de Menores habrá de cumplir con el trámite del derecho a la última palabra aún en el supuesto de que le hubiese expulsado de la Sala por razones de policía de vistas o hubiese acordado su abandono momentáneo por estimar que su interés pueda verse perjudicado⁷. En tal caso y debido al escrupuloso respeto que se ha de otorgar al cumplimiento del derecho a la última palabra, el menor conserva este derecho y habrá de ser el último en intervenir de manera personal y directa en el proceso (37.4 LORRPM).

1.6 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD ANTE LA VIOLENCIA FILIO PARENTAL.

En los delitos relacionados con la violencia filio parental normalmente concurrirá violencia o intimidación siendo en estos casos la corrección en el ámbito familiar la que falla, por lo que difícilmente será posible aplicar el desistimiento de la incoación previsto en el art. 18 LORRPM.

7 Sobre esta cuestión Vid. GARRIDO CARRILLO. “La fase de audiencia...”. *Op. Cit.* P. 497; LÓPEZ JIMÉNEZ. “Fase de audiencia o de juicio oral. Sentencia y recursos”, en GONZALEZ PILLADO, E (Dir.) *Proceso Penal de menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, P. 265. En este sentido la FGE en su *Circular 9/2011* (ap. V.3), indica que debido a los contenidos sensibles que los informes de los equipos técnicos suelen contener, no sólo con respecto al menor, sino también respecto de su familia, será especialmente conveniente promover la utilización de esta facultad, durante la lectura, ampliación o aclaraciones del informe técnico, así como en relación a otras pruebas (informes psiquiátricos) que pudieran lesionar el interés del menor.

Asimismo tampoco puede acudirse a la conciliación o a la reparación entre el menor y la víctima (art. 19 LORRPM) cuando el delito sea grave, ni cuando concorra violencia o intimidación graves, o de no concurrir y tratarse de supuestos de menor entidad, no habrá de utilizarse si se detecta una situación de fuerte desequilibrio entre los afectados. Tampoco cuando el menor maltratador no exteriorice su firme propósito de cesar en sus actos, ni cuando el maltratado por el daño sufrido y por la razonada falta de esperanza en la mediación, se encuentre psicológicamente inhabilitado para tomar parte en el proceso.

Por su parte la mediación, que no está exenta de polémica doctrinal⁸, no puede ser un recurso de tratamiento en ningún tipo de maltrato familiar, y por ende, tampoco en los casos de violencia filio parental, ya que en estos casos existe una situación de fuerte desequilibrio de poder entre víctima y agresor. De hecho, recordemos que en los casos de violencia de género la mediación se encuentra excluida por el art. 44.5 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de protección integral contra la violencia de género*.

En los supuestos de violencia filio parental este tipo de soluciones debe ser algo muy residual, pues de lo contrario, como dice GARCÍA INGELMO, “el uso de esa facultad para éste tipo de hechos podría suponer transmitir a eventuales agresores el mensaje no ya sólo equívoco, sino peligroso, que

8 Algunos autores defienden la viabilidad de la mediación en casos de violencia filio parental, entre otros, FARALDO CABANA, P. “Las prohibiciones de aproximación y comunicación aplicables a menores infractores”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 1, 2009, p. 60; LIÑÁN AGUILERA, F. L. “El maltrato intrafamiliar en la jurisdicción de menores”. *Intervención Psicoeducativa En La Desadaptación Social: IPSE-Ds*, (4), 2011, p. 19.; MADRIGAL MARTÍNEZ – PEREDA, C. “La violencia Familiar y de Género ejercida por los Menores”. *III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género*. Madrid, del 21 al 23 de Octubre, 2009, p. 15. Sin embargo otros autores como AROCA MONTOLÍO, C., BELLVER MORENO, M. C., y MIRÓ, C. “Los problemas de violencia en los adolescentes, ¿incapacidad educativa de los progenitores?”. *Educación Social. Revista de Intervención Socioeducativa*, 53, 2013. P. 287, consideran que la utilización de la mediación no es adecuada en ningún caso de violencia filio parental o doméstica por cuanto “uno de los principios de la mediación es la igualdad de poder real o percibido entre las partes que median, hecho que jamás ocurre si existen malos tratos porque la relación entre víctima y victimario es de desigualdad”.

Por último autores, como GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El Proceso Penal de Menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*. Thompson Aranzadi, Navarra, 2007. P. 92., señalan las importantes consecuencias negativas que genera la aplicación del art. 19 LORRPM para el menor en relación a su presunción de inocencia, ya que éste “queda conminado a realizar una determinada actividad porque se reputa como cierto que ha participado en la realización de un hecho delictivo. Certeza que no se obtiene a partir de la celebración de un juicio oral (...) el sobreseimiento al que alude el art. 19 no se corresponde en puridad con una sentencia absolutoria sino más bien, con una resolución de extinción de la responsabilidad penal por cumplimiento de condena”.

con un eventual perdón pueden arreglarse estas conductas”⁹.

Sin embargo, no debemos descartar a priori estas posibilidades de solución extrajudicial cuando estemos ante manifestaciones leves o iniciales de malos tratos o supuestos de escasa entidad en los que no concurra violencia o intimidación y exista un ambiente de calma y un deseo común de poner fin a la situación. En estos casos y con el acompañamiento de algunas obligaciones para el menor como puede ser el compromiso de asistencia del menor y de sus progenitores a psicoterapia, y si el supuesto tiene un pronóstico favorable, puede ser una solución idónea, siempre susceptible de ser revocada en el caso de que el menor incumpla sus obligaciones o incurra en nuevas conductas de maltrato. De esta forma a través de la mediación el menor no solamente ha de recibir el mensaje claro de reproche sino que habrá de asumirlo en la idea de que cualquier recaída recibirá una respuesta más contundente.

1.7 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA FILIO PARENTAL.

Por último hemos de destacar otra peculiaridad en los casos de violencia filio parental, y es que en estos supuestos rara vez se emite un pronunciamiento condenatorio en materia de responsabilidad civil porque normalmente coinciden la persona del ofendido con la del progenitor que debe responder civilmente de los delitos o faltas cometidos por sus hijos.

Sin embargo, recordemos que un menor puede comenzar a trabajar a partir de los 16 años, con lo cual, a partir de esa edad, aunque no es lo frecuente, puede disponer de ingresos propios, y por lo tanto se podría emitir un pronunciamiento condenatorio en materia de responsabilidad civil en favor de los progenitores¹⁰.

9 GARCÍA INGELMO, F. M. “Violencia de género en parejas adolescentes. Respuestas desde la jurisdicción de menores”. *II Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres*. Sevilla, 28 y 29 de Noviembre de 2011, p. 20

10 No obstante, tanto los padres, en caso de que el menor disponga de ingresos propios; como otros familiares agredidos, en caso de que no disponga de los mismos y hayan de responder civilmente de forma solidaria el menor y los progenitores, suelen renunciar a ejercer esta responsabilidad civil.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS CASOS DE VIOLENCIA FILIO PARENTAL.

La violencia filio parental es un conflicto dotado de una fuerte carga emocional, por la vinculación del autor y la víctima, y requiere de una intervención que habrá de ser lo más completa posible, pues la situación afecta tanto al menor como a la familia en su conjunto, y todos forman parte de la solución y de la evolución del conflicto.

Cuando se dan situaciones como las que nos ocupan y antes de que los menores responsables de las mismas se vean sometidos al sistema judicial, los mismos pueden ser tratados desde los servicios sociales o el ámbito sanitario, pero sucede que, en ocasiones, los menores se niegan a colaborar de forma voluntaria o abandonan precipitadamente las intervenciones o tratamientos que se les dispensa¹¹.

En el caso del que el menor ya esté incurso en un procedimiento judicial, se le puede imponer que participe activamente en estas terapias o intervenciones, no obstante, aquí el órgano jurisdiccional se encuentra con algunas limitaciones, pues a quién enjuicia y a quien puede imponer una medida por el delito cometido es al menor, no a sus progenitores, cuya participación en la intervención deberá ser plenamente voluntaria al no existir ningún mecanismo para obligarlos a ello desde el punto de vista coercitivo. A pesar de estas limitaciones la intervención judicial se conforma sin duda como el contexto profesional más poderoso de cambio, pues impone la participación del menor infractor, sancionándolo si dicha participación no se realiza en los términos que vienen establecidos en la medida o en el programa educativo elaborado para la misma.

Parte de la doctrina mantiene que la inclusión del menor en el circuito jurisdiccional no hace sino cronificar el problema o conflicto ya existente, advirtiendo sobre el riesgo de acabar judicializando la solución de este

11 En este sentido, HAW, A. *Adolescent violence towards parents in New South Wales. The Challenges and Perspectives of Secondary Education Professionals*. Tesis doctoral, Universidad de Sydney, Australia, 2014. P. 91, señala que los padres no siempre están dispuestos a participar en las intervenciones, pues culpabilizan al hijo y entienden que es él quien debe cambiar, mientras que los menores en ocasiones también renuncian cuando se les ofrece ayuda por este mismo motivo, consideran que la responsabilidad de la situación ha de atribuirse a los progenitores por lo que son ellos los que deben modificar sus conductas.

tipo de problemas intrafamiliares¹². En cambio otra corriente de opinión¹³ considera que ante un episodio de violencia, independientemente de cuáles sean las características particulares del mismo, lo más adecuado es denunciar, pues al igual que en cualquier otro supuesto delictivo los menores que realizan una conducta de violencia dentro de la familia han de someterse al proceso penal y a las medidas judiciales que correspondan.

Por último, una vez puestos los hechos en conocimiento del MF, será éste quien valore si se trata de un delito o no, decidirá sobre la admisión de la denuncia, y archivará las actuaciones si finalmente los hechos no constituyen un delito (art. 16 LORRPM), en definitiva será el MF en última instancia quien decide si se judicializa o no el conflicto.

III. CUESTIONES GENERALES DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES EN LA VIOLENCIA FILIO PARENTAL.

3.1 CONSIDERACIONES PREVIAS.

La LORRPM en sus artículos 7 a 15 se ocupa de las medidas que se pueden adoptar en el proceso penal de menores y los criterios que han de guiar su aplicación. Para la adopción de la medida más idónea y para su ejecución, se atenderá de modo flexible a las características del caso concreto, es decir, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés superior del menor, así como a su evolución, puestas de manifiesto estas dos últimas cuestiones en los informes de los Equipos Técnicos (Art. 7.3 LORRPM). Con este fin, el art. 7.1 de la LORRPM ofrece un amplio catálogo de medidas, ordenadas según la restricción de

12 Vid. en este sentido, AGUSTINA, J. R. (Director). *Violencia intrafamiliar: raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*. Edisofer, Madrid, 2010. P. 215; AMANTE GARCÍA, C. "Abordaje legal sobre la violencia filio parental. Hijos que agreden, padres que delegan". *Jornadas sobre Violencia Intrafamiliar*. Valencia, 28-29 de Febrero de 2008. Recuperado el 5 de Julio de 2013 de: [<http://altea-europa.org/documentos/Hijos-agreden-padres-que-delegan.pdf>]. P. 7; ROMERO. "La respuesta judicial", en PEREIRA, R (Coord). *Psicoterapia de la violencia filio parental. Entre el Secreto y la vergüenza*. Morata. Madrid 2011. P. 94.

13 Entre ellos, IBABE, I., JAUREGUIZAR, J., y DÍAZ, O. *Violencia filio-parental: conductas violentas de jóvenes hacia sus padres*. Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria – Gasteiz, 2007. P. 34; ROPERTI, E. *Padres víctimas, hijos maltratadores*. Espasa Calpe, Madrid, 2006. P. 96; CALATAYUD, E. y MORÁN, C. *Mis sentencias ejemplares*. La Esfera de los Libros, Madrid, 2009. P. 256.

derechos que suponen¹⁴.

Por otro lado y atendiendo a criterios de flexibilidad e interés superior del menor, la legislación ofrece al Juez la posibilidad de imponer una o varias medidas con independencia de que se trate de uno o más hechos, siempre que no se trate de medidas de la misma clase (art. 7.4 LORRPM). Hay que tener en cuenta que la Ley 5/2000 consagra un modelo de discrecionalidad judicial que tiene por objeto favorecer la individualización de la medida, así como su forma de ejecución, debiendo de dar todo ello respuesta a las necesidades reeducadores y resocializadores del menor infractor. Ahora bien, la flexibilidad y discrecionalidad del Juez de Menores en la selección de la medida más adecuada al caso concreto ha de someterse a tres principios básicos de nuestro proceso:

-El derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 LORRPM).

-El Principio acusatorio, conforme a la cual no se podrá imponer al menor acusado una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la solicitada por el MF o la acusación particular (art. 8 LORRPM)¹⁵.

-Y el principio de proporcionalidad entre la sanción y el hecho cometido que impide adoptar para el menor una medida privativa de libertad por un tiempo superior al que le hubiese correspondido en caso de haberse

14 En concreto las medidas previstas en el artículo 7.1 LORRPM son las siguientes: *a)* Internamiento en régimen cerrado, *b)* Internamiento en régimen semiabierto, *c)* Internamiento en régimen abierto, *d)* Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto, *e)* Tratamiento ambulatorio, *f)* Asistencia a centro de día, *g)* Permanencia de fin de semana, *h)* Libertad vigilada, con distintas obligaciones, *i)* Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, *j)* Convivencia con otra persona familia o grupo educativo, *k)* Prestaciones en beneficio de la comunidad, *l)* Realización de tareas socioeducativas, *m)* Amonestación, *n)* Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, *ñ)* Inhabilitación absoluta. En relación a estas medidas, COLÁS TURÉGANO. “*Derecho Penal de Menores*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.. Pp. 223-224, argumenta que a pesar de que el art. 7 LORRPM dice ofrecer un orden de mayor a menor restricción de derechos, no puede afirmarse que la inhabilitación absoluta, citada en último lugar, “sea la menos restrictiva, puesto que alguna de las relacionadas con anterioridad resultan menos aflictivas, debiendo el legislador haber puesto mayor cuidado en la redacción”.

15 *Vid.* Sobre esta cuestión el art. 6.3 a) y b) del CEDH, el art. 14 PDCP, y el art. 789.3 LECrim que establece que “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”.

tratado de un mayor de edad (Art. 8 LORRPM).¹⁶

3.2 DURACIÓN DE LAS MEDIDAS.

Por lo que se refiere a la duración de las medidas, hemos de atenernos a la gravedad del delito. Cuando los hechos constituyan un delito que no revista gravedad, la regla general establece que la medida no podrá exceder de los dos años, cien horas en el caso de las prestaciones en beneficio de la comunidad y ocho fines de semana en la permanencia de fin de semana¹⁷.

Sin embargo, cuando se trate de hechos tipificados como delito grave; o siendo tipificado como delito menos grave en su ejecución se haya empleado violencia, intimidación o se haya generado un grave riesgo para la vida o integridad de las personas; se haya cometido en grupo o con pertenencia a una banda que se dedique a actividades delictivas, la duración dependerá de la edad del menor al momento de la comisión de los hechos (art. 9.2 y 10.1 LORRPM)¹⁸.

16 Siguiendo a la FGE en su *Circular 1/2000* (ap. V. II), este límite sólo opera sobre las medidas de internamiento (incluido el terapéutico) y de permanencia de fin de semana; las restantes medidas, por tanto, sí pueden tener una duración mayor que la de la pena privativa de libertad asignada al adulto que hubiese cometido el mismo delito. En segundo lugar, hay que tener presente, dado que la LORRPM menciona la pena que “se hubiere impuesto por el mismo hecho”, que la comparación ha de hacerse con la pena que en concreto y no *in abstracto* se le hubiese podido imponer al adulto, es decir, tomando en consideración en su caso la concurrencia de circunstancia atenuantes, y el grado de ejecución o de participación en el delito.

17 *Vid.* Art. 9.3 LORRPM en relación a la duración de las medidas, y el art. 7.2 LORRPM, en cuanto a la medida de internamiento, concretando este precepto que dicha medida en todos sus regímenes se compone de un primer periodo que se lleva a cabo en el centro correspondiente, y un segundo periodo que se lleva a cabo en régimen de libertad vigilada. En los casos de la comisión de un delito que no sea grave, la duración total sumados ambos periodos no podrá exceder de los dos años.

18 Así si el menor tuviere 14 ó 15 años de edad, la medida podrá alcanzar hasta tres años de duración, ciento cincuenta horas en el caso de las prestaciones en beneficio de la comunidad y doce fines de semana en la permanencia de fin de semana. Y en el caso de que el menor cuente con 16 ó 17 años podrá alcanzar seis años de duración, doscientas horas en el caso de las prestaciones en beneficio de la comunidad y dieciséis fines de semana en la permanencia de fin de semana.

En estos supuestos de violencia filio parental, si el hecho reviste extrema gravedad, así como en los casos de reincidencia, el Juez debe imponer la medida de internamiento en régimen cerrado de uno hasta seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. *Vid.* Art. 10.1 LORRPM.

Por último, en aquellos casos en los que el hecho cometido por el menor sea el delito de homicidio (art. 138 CP), de asesinato (art. 139 CP), de agresión sexual (art. 179 CP), de agresión sexual con la concurrencia de agravantes (art. 180 CP), de terrorismo (arts. 571 a 580 CP), o cualquier otro que tenga señalada una pena de prisión igual o superior a 15 años, por imperativo legal el Juez ha de imponer la medida de internamiento en régimen cerrado, cuya duración dependerá de la edad del menor al momento de los hechos (art. 10.2 LORRPM). En el caso de un menor

En cuanto a la duración de las medidas privativas de libertad, la ley precisa que en ningún caso podrá exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho a un sujeto mayor de edad que hubiera sido declarado responsable de acuerdo con el CP (art. 8 LORRPM).

Finalmente, cuando se trate de hechos calificados como delitos leves, sólo se podrán imponer las medidas de: amonestación, libertad vigilada hasta un máximo de 6 meses, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta 50 horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias hasta un año, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses y, realización de tareas socio-educativas hasta seis meses (art. 9.1 LORRPM).

Por último dejemos dicho que el Juez de Menores competente para la ejecución podrá reducir la duración de la medida impuesta, dejarla sin efecto o sustituirla por otra, siempre que dicha modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche de su conducta. Esto lo podrá hacer el juzgador de oficio, a instancia del MF o del Letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y en su caso, de la entidad pública de protección o de reforma de menores, y siempre mediante auto motivado (art. 13 LORRPM).

3.3 PARTICULARIDADES DE LAS MEDIDAS EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA FILIO PARENTAL.

En el caso de los menores que agreden a sus progenitores, es de gran importancia la previsión contenida en el art. 7.3 LORRPM, que señala que, tanto en la adopción de la medida judicial más adecuada, así como durante la ejecución de la misma, se ha de atender de modo flexible a las características del caso concreto, no solo a la prueba y valoración de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés superior del menor, así como a su evolución, puesto todo ello de manifiesto en los informes de los Equipos Técnicos.

con 14-15 años, la medida podrá durar de uno a cinco años como máximo, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años. Y para el caso de que el menor tenga 16-17 años, la medida podrá durar de uno a ocho años, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años.

Por otro lado, para la ejecución de las medidas se asigna a cada menor un técnico o profesional de referencia, que elaborará y presentará al Juez, para su aprobación, un programa individualizado de ejecución de medida (PIEM) en el que se contemplará de forma adaptada a las características del menor, el contenido, los fines, horarios, objetivos y demás circunstancias socioeducativas de la medida impuesta (art. 10 RLORRPM). Para el caso de delitos de violencia filio parental, es conveniente que dicho PIEM se adapte a las peculiaridades de este delito y que se oriente a respuestas educativas o terapias proyectadas sobre las relaciones familiares¹⁹.

IV. LAS MEDIDAS JUDICIALES EN LA VIOLENCIA FILIO PARENTAL.

4.1 LA LIBERTAD VIGILADA.

La medida de libertad vigilada (art. 7.1.h) LORRPM), que puede imponerse tanto de forma definitiva como cautelar²⁰, es la que se adopta en la mayoría de los procesos seguidos por hechos relativos a violencia filio parental. Destaca por su flexibilidad permitiendo un alto grado de adaptación, personalización e individualización. Por otro lado permite una intervención más intensa y continuada en el tiempo sin que sea necesario separar al menor de la propia familia, por lo que es la medida más propuesta por Fiscales y Equipos Técnicos y la más aplicada por los Jueces de Menores, no sólo en los supuestos de violencia filio parental, sino en cualquier delito llevado a cabo por un menor²¹.

Los datos del CGPJ constatan que por ejemplo en el año 2018, del total de medidas adoptadas en procesos penales de menores, que fueron 21890

19 Tengamos en cuenta que en los casos de VFP, la terapia familiar (sea desarrollada desde el ámbito judicial, los servicios sociales o mediante recursos de índole privada) es muy importante por cuanto no solo puede procurar el cese de la violencia, sino que también ayuda a reconstruir los vínculos familiares perdidos.

20 Además el Juez la podrá imponer en los casos de suspensión de la ejecución y como accesoria o complementaria de otra medida principal y en todo caso, habrá de imponerla como complementaria a la medida de internamiento en régimen cerrado (art. 7.2, 7.4, 8.1, 28, 29 y 40 LORRPM).

21 Vid. en este sentido GARCÍA PÉREZ, O. "La práctica de los Juzgados de Menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y su eficacia". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* RECPC, núm. 12-art. 12, 2010. Pp. 1-36. P. 8; IBABE, JAUREGUIZAR y DÍAZ. "Violencia...". *Op. Cit.* P. 124.

medidas, el 42'29 % (9259) eran medidas de libertad vigilada²².

LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA Y EL ALEJAMIENTO.

En los supuestos de violencia filio parental, cabe la adopción, tanto cautelar como firme, de la medida **de libertad vigilada sin alejamiento**, es decir, continuando el menor infractor residiendo en el domicilio habitual, y esto será posible siempre y cuando el deterioro familiar no haya alcanzado tal grado que impida la convivencia en la propia familia y no se aprecie riesgo para ningún miembro, esta opción debe ser rigurosamente fundamentada, pues si la situación es grave puede contribuir a la cronificación del problema que pretende solucionar.

Por otro lado la realidad constata que en muchas ocasiones es la propia familia la que no desea que su hijo continúe en casa, y en otras situaciones es **la misma resolución judicial la que impone este alejamiento**, atendiendo al interés superior del menor, aun cuando los progenitores manifiestan su deseo de que no se aleje a su hijo de ellos. Es en estos supuestos donde cobra especial relevancia la quinta regla de conducta recogida en el art. 7.1, h) LORRPM, “obligación de residir en un lugar determinado”. Y es que tenemos que tener en cuenta que hoy día, el apartado i) del art. 7.1 así como el art. 28 LORRPM, recogen la posibilidad de imponer de forma definitiva o cautelar la “prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez”. Con anterioridad a la reforma operada por la LO 8/ 2006 no se preveía tal posibilidad, por lo que dicha prohibición se articulaba a través de la quinta regla de conducta de la libertad vigilada. No obstante lo mencionado, y a pesar que en la actualidad ya si se puede hacer uso de esta previsión incorporada en el 2006, **sigue utilizándose el alejamiento mediante la vía de la libertad vigilada** con la obligación de residir en un lugar determinado para dotar de un mayor contenido educativo a la intervención de la jurisdicción de menores.

Por otro lado y para evitar el denominado “**efecto desamparo**” o los problemas de protección que esta obligación de residencia pudiese conllevar, al impedir al menor convivir en su núcleo familiar habitual, la LO 8/2006 introdujo un último inciso en la regulación de la libertad vigilada, previendo que “si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad

del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996”, con lo cual, lo que se está imponiendo realmente a través de este mecanismo es la obligación de residir con otra familia diferente mediante un acogimiento familiar, o en un Centro de protección mediante un acogimiento residencial, esto último será lo más usual considerando que estas familias son reticentes a hacerse cargo de un menor que ha maltratado a sus progenitores.

En tal sentido conviene que nos planteemos que, si la comisión de un delito de violencia doméstica conlleva la separación temporal del menor de su familia mediante la aplicación de la libertad vigilada con obligación de residir en un centro de protección, y por tanto, la aplicación de una medida de protección, ¿de qué sirve que el progenitor denuncie al menor si los efectos han sido los mismos que podrían haberse derivado si hubiese acudido al sistema de protección?, ¿por qué no se ha aplicado una medida de internamiento en un centro de reforma una vez que se ha denunciado si al final el menor ha terminado conviviendo en un centro (aunque de protección)?, ¿nos encontramos en la práctica ante un mecanismo para suplir la carencia de algunos recursos, donde a falta de plazas en centros de internamientos se envía a los menores infractores a centros de protección mediante la imposición de una medida de alejamiento?.

Por otro lado, cuando se solicite **la medida de alejamiento estricto sensu o como regla de conducta de la libertad vigilada**, las peticiones deberán incorporar una cláusula para facilitar la terapia familiar, interesando que en la resolución que la acuerde, se haga constar que la medida no excluirá los contactos del menor con la familia cuando los técnicos encargados de la ejecución los consideren convenientes con el fin de desarrollar las citadas terapias.²³

Vías para la implicación familiar en la resolución del conflicto en la suspensión de la medida.

La LORRPM en su art. 40, al igual que sucede en el procedimiento de adultos (arts. 80 y ss. CP) contempla la posibilidad de suspender la ejecución del fallo bajo el cumplimiento de una serie de presupuestos y

23 Así lo recoge la FGE en su Circular 1/2010 (ap. III. 2.2. y 3).

condiciones²⁴.

De esta forma, el Juez de Menores en la propia sentencia o, el Juez competente para la ejecución cuando aquella sea firme, ya sea de oficio o a instancia del MF o del letrado del menor, podrá acordar por auto motivado la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia.²⁵ Una vez establecidos los presupuestos en el apartado 1 del artículo 40 LORRPM, el apartado 2 del mismo precepto, determina las condiciones a la que estará sometida la mencionada ejecución:

“a) No ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por esta Ley durante el tiempo que dure la suspensión.

b) Que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones.

c) Además, el Juez puede establecer la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa, recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo”.

El incumplimiento de estas condiciones conllevará el alzamiento de la suspensión y la ejecución de la sentencia en todos sus extremos.

24 En concreto el apartado 1 del artículo 40 de la LORRPM, requiere: que la medida impuesta no sea superior a dos años de duración; que se haga durante un tiempo determinado; que la duración de la suspensión no exceda de dos años; que sean oídos al respecto: el MF, el letrado del menor, el representante del ET y el de la entidad pública de protección o reforma de menores; que se exceptúe de la suspensión el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil.

Como vemos el artículo 40 de la LORRPM, nada dice de la necesidad de ser oída también la acusación particular, a este respecto solo encontramos el art. art. 25, g) LORRPM, que se limita a citar que entre sus derechos se encuentra el de “ser oída en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor”, entendiendo que una correcta práctica es, la de ser oída en los casos de suspensión.

25 El precepto legal emplea la expresión “podrá acordar motivadamente”, por lo que el cumplimiento de estos requisitos legales no determina automáticamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, que queda a discrecionalidad del Juez de Menores.

Como vemos, a la luz del artículo 40.2.c) de la LORRPM, y para **articular la suspensión de la ejecución**, se podrá aplicar una medida de libertad vigilada con la obligación de seguir una terapia o intervención familiar, así **como promover (que no obligar)**²⁶ la necesaria implicación de los progenitores, por ello el precepto legal señala textualmente que dicha terapia o intervención familiar se puede establecer “*incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor*”.²⁷

Por otro lado, ante la **necesidad, en los casos de VFP, del desarrollo de la terapia familiar y la imprescindible colaboración de los progenitores en la misma**, si hubiese habido varios intentos previos de desarrollarla (tanto en el marco de la libertad vigilada como en el de otras medidas) y los progenitores continúan negándose a participar, no asisten reiteradamente de forma injustificada, muestran repetidamente su reticencia a ello o, su proceder al respecto resulta negligente, el Juez de Menores les puede advertir que con dicha actitud están incumpliendo el obligado deber de prestar la colaboración requerida por Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto previsto en el art. 118 CE, incurriendo en un delito de desobediencia del art. 556 CP²⁸.

26 Sobre esta cuestión es interesante analizar la jurisprudencia, y así en 2016, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con ocasión de un procedimiento de modificación de medidas de divorcio en el cual la Audiencia Provincial de Barcelona estableció la obligación de someterse a terapia familiar para facilitar la relación parento-filial, suprimió tal pronunciamiento, reemplazando la expresión “siendo imprescindible” por “siendo recomendable” y, sustituyendo por tanto, dicha imposición por una recomendación. *Vid.* STSJ Cataluña, de 28 de julio de 2016 (LA LEY, 120215/2016).

27 Recordemos que en el preámbulo de la LORRPM, ap. II.12, que el Juez de Menores dispone de amplias facultades para “permitir la participación de los padres del menor en la aplicación y consecuencias de aquéllas” (refiriéndose a las medidas impuestas). Por otra parte, el art. 6.g) RLORRPM, establece que entre los principios a los que habrá de ajustarse la actuación de profesionales, organismos e instituciones que intervengan en la ejecución de las medidas impuestas a menores, debe figurar “el fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas”.

28 Así lo mantuvo Dña. Ascensión Miranda, Jueza de Menores en la provincia de Málaga, en su ponencia durante el desarrollo de las Jornadas “Una nueva realidad: la violencia filio-parental; desafíos y retos”, organizadas por la Asociación Filio, la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio Parental (SEVIFIP), el Ilustre Colegio Oficial de Psicología de Andalucía Oriental y la Diputación Provincial de Málaga, celebradas en la sede de la Diputación Provincial de Málaga el día 17 de mayo de 2018.

4.2. LOS INTERNAMIENTOS.

Tras la medida de libertad vigilada, la más utilizada en los supuestos de violencia filio parental es la medida de internamiento en sus distintos regímenes, junto con la medida de internamiento terapéutico. El internamiento debe adoptarse, ya sea de forma cautelar o definitiva, **como última ratio y conforme a los principios** de excepcionalidad²⁹, proporcionalidad, subsidiariedad, y provisionalidad en caso de que se imponga de forma cautelar.

Ahora bien, en los casos como los que nos ocupan, de violencia filio parental, cuando los mismos llegan ya a la instancia judicial, el problema suele estar fuertemente enquistado y es de tal gravedad, que las medidas menos restrictivas de derechos, que la de internamiento suelen tener dudoso éxito. Es por ello que algunos autores mantienen que las referidas medidas de internamiento tienen una especial efectividad³⁰, y se han de imponer cuando exista reincidencia o gravedad, como sucede cuando el menor tiene expedientes previos, cuando media contacto físico en la agresión o cuando se utiliza algún tipo de arma o amenaza, y ha de acudir generalmente al internamiento en régimen semiabierto y en su caso a internamiento terapéutico.

La calificación jurídica más usual que se suele dar a las conductas llevadas a cabo en los casos de violencia filio parental son las de delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.2 y 3 CP y delito de maltrato o violencia habitual del art. 173.2 CP, en estos delitos a pesar de concebirse como delitos menos graves, cabría imponer la medida de internamiento, incluso en régimen cerrado si en la ejecución de los hechos se emplea violencia o intimidación o se genera un grave riesgo para la vida o integridad física de las personas. No obstante, en el caso del art. 153.2 CP, habrá

29 El artículo 37.b) de la CDN establece que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Al respecto *vid.* regla 19 de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 40/33, de 29 de noviembre de 1985, por la que se aprueban las Reglas mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas De Beijing), y regla 2 de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 45/113, de 14 de diciembre de 1990, por la que se aprueban las Reglas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana).

30 Por esta razón muchos centros están incorporando, y ejecutando programas específicos de intervención en violencia filio parental. *Vid.* VIDAL DELGADO. "Actuaciones desde justicia con menores agresores a sus padres" En NIETO MORALES, C. (Coord.) *"La Violencia intrafamiliar: menores, jóvenes y género, una mirada desde la práctica profesional"*. Ed. Bosch, Barcelona 2012. *Op. Cit.* P. 89.

que tener en consideración que la pena prevista para adultos recoge la alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, así como que en todo caso se habrá de atender a las limitaciones derivadas de los principios de proporcionalidad, subsidiariedad o excepcionalidad (arts. 153 y 173 CP, y arts. 8 y 9.2 LORRPM)³¹.

Lugar de cumplimiento de la medida de internamiento.

Adoptada la medida de internamiento, la misma ha de ser cumplida en el Centro más cercano a su domicilio para facilitar los contactos del menor con sus familiares, amistades y vecindad (Art. 46 LORRPM)³², procurando que el internamiento no suponga como añadido una ruptura de relaciones o una pérdida de los vínculos con su entorno social. La realidad constata que esto no es así, pues la oferta de plazas en centros de internamiento en relación con la demanda, y la configuración actual de los recursos, hace que muchos menores cumplan la medida en un centro alejado de su domicilio familiar³³.

Merece la pena destacar que cuando **se trata de la medida de internamiento terapéutico**, el art. 7.1, d) LORRPM dice literalmente que: *“En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico (...)”*, y en el mismo sentido se expresa el 27 RLORRPM, sin embargo, en la práctica nos encontramos que en los centros conviven menores cumpliendo las diferentes medidas (cerrado, semiabierto o abierto, e incluso terapéutico), compartiendo las mismas instalaciones y espacios e idéntico régimen de convivencia interno, diferenciándose fundamentalmente por el régimen de salidas al exterior, aunque en el caso del internamiento terapéutico los menores suelen acceder a un módulo o zona diferenciada, no conviviendo con el resto de internos salvo en situaciones puntuales y controladas por el personal

31 En consecuencia, la aplicación de las medidas de internamiento está excluida por la comisión de un delito leve, debiendo imponerse solo cuando sea estrictamente necesario y no sea desaconsejada por el ET y, en todo caso, atendiendo a los límites de duración que hubiesen regido según el CP si el sujeto hubiese sido mayor de edad, así como los establecidos en la LORRPM, reservándose el régimen cerrado para los casos especialmente graves.

32 Recordemos que no es el Juez de Menores el competente para la designación del centro donde el menor habrá de cumplir la medida de internamiento, sino la entidad pública en el ejercicio de las funciones que tiene asignadas (art. 45.1 LORRPM.)

33 De esta forma, en muchas ocasiones, los desplazamientos para participar en las intervenciones conllevan una inversión económica que no todas las familias pueden afrontar, por lo que las que carecen de recursos económicos ven limitadas sus posibilidades de traslado, dificultando así el trabajo conjunto que se debe realizar en los casos de violencia filio parental.

SUBSIDIO POR EXCARCELACIÓN.

Al tratar la medida de internamiento es necesario analizar la incidencia de la “prestación o subsidio por excarcelación” prevista en el art. 274.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, supeditando su reconocimiento al cumplimiento de algunos requisitos.

Entre las posibles beneficiarios de dicha prestación económica se encuentran los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubiesen sido ingresados como consecuencia de la comisión de algún hecho tipificado como delito, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad durante un periodo mayor a 6 meses, en el momento de la liberación cuenten con 16 años o más³⁴. La cuantía de la percepción económica es el 80% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples vigente (IPREM), lo que en la actualidad supone unos 426 euros mensuales, y su duración es de 6 meses prorrogables por otros dos periodos de igual duración hasta un máximo de 18 meses³⁵.

Este subsidio es valorado muy negativamente por un amplio sector de los profesionales que participan en la intervención con menores infractores³⁶, pues entienden que el reconocimiento del mismo en los términos y condiciones contemplados por la actual normativa, pone en peligro la labor educativa realizada con el menor durante la etapa de internamiento. Se constatan que muchos de los menores que se encuentran

34 Es preciso hacer dos precisiones, en primer lugar es indiferente la edad a la que se iniciara el cumplimiento de la medida, pudiendo haberla comenzado con una edad inferior a los 16 años. Y en segundo lugar a dicha prestación pueden acceder los menores sometidos a cualquier modalidad y régimen de internamiento, cerrado, semiabierto o abierto, o terapéutico, siempre que su periodo haya sido superior a 6 meses

35 Esta prestación conocida como “prestación o subsidio por excarcelación”, tiene como objetivo ayudar a la reinserción en la sociedad a aquellas personas que han permanecido durante un tiempo privadas de su libertad, posibilitando una mínima subsistencia hasta que encuentren un empleo. Asimismo, el menor ha de encontrarse desempleado; inscribirse como demandante de empleo en el plazo de un mes desde la fecha de su liberación; no haber rechazado oferta de empleo adecuado ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales desde la inscripción como demandante de empleo; carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores al 75% de SMI vigente, excluidas las pagas extraordinarias y no tener derecho a prestación contributiva; o, que el delito por el que fue condenado no se encuentre entre los mencionados en los apartados a) , b), c) y d) del art. 36.2 CP (arts. 274 y 275 RDL 8/2015).

36 Así lo pone de manifiesto el DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA en el Informe “*La atención a menores infractores en centros de internamiento de Andalucía*”. 1 de diciembre de 2014 . P. 406.

cumpliendo una medida de libertad vigilada, deliberadamente, y a iniciativa propia o de sus familiares, incumplen dicha medida con el propósito de obtener una sanción más restrictiva de derechos que le obligue al ingreso en un centro de internamiento y de este modo, a su conclusión, asegurarse ayuda económica. Por otro lado en muchas ocasiones, los menores se suelen mostrar reacios a solicitar un cambio de la medida de internamiento por otra menos restrictiva, a pesar de que puedan beneficiarse de esta posibilidad, hasta que no llevan internados al menos 6 meses, que, como hemos señalado, es el tiempo necesario para beneficiarse de la prestación.

Hemos de tener en cuenta, que normalmente, a la salida del centro, estos menores retornan con sus familias (o, en su caso, a la entidad pública de protección que los tutela), por lo que en principio sus necesidades básicas estarían cubiertas, y no se estaría en una situación similar a la de los adultos. Y en el supuesto de que hubiese una situación de desprotección, al tratarse de menores de edad, cuentan con el respaldo del sistema de protección. Por tanto, tampoco creemos que se encuentre justificada la percepción de esta prestación en los casos de aquellos menores liberados que se encuentran bajo tutela de la Administración Pública, pues una vez que salen del centro de reforma continúan contando con el amparo de la entidad pública de protección. Además, en muchos casos, todos estos menores no han tenido contacto alguno con el mercado laboral, bien porque no han tenido oportunidad, se encontraban estudiando o simplemente porque no han querido, o bien, porque al momento del ingreso en el centro de reforma ni siquiera contaban con los 16 años que el Estatuto de los Trabajadores exige para poder trabajar.

Por otro lado, también resulta sorprendente la situación que se produce en el caso de menores que ya se encuentran percibiendo el subsidio por haber finalizado el cumplimiento de la medida de internamiento y que vuelven a reingresar por la comisión de un nuevo delito. No sólo no pierden la prestación mientras se encuentren privados de libertad (siempre que se mantengan como demandantes de empleo a través de los medios informáticos y electrónicos habilitados para ello), sino que además, si el tiempo de privación es superior a 6 meses, generan un nuevo subsidio a su salida en libertad. Dicha situación resulta aún más asombrosa cuando los dos internamientos tienen su origen en la misma causa, pensemos por ejemplo, en un menor que ingresa 6 meses de forma cautelar y transcurrido un tiempo reingresa para el cumplimiento del internamiento impuesto definitivamente en la sentencia por los mismos hechos que falte

por abonar o, en el menor que tras cumplir un internamiento de más de 6 meses, durante la libertad vigilada subsiguiente reingresa en el centro por quebrantamiento de medida o modificación de la misma (al amparo de los arts. 50 y 51 LORRPM).

A estos supuestos hemos de sumar aquellos otros referidos a menores que han cumplido la medida de internamiento a causa de la violencia económica, física y psicológica a la que venían sometiendo a sus progenitores, por cuanto que este subsidio no sólo no es beneficioso para ellos en modo alguno, sino que, puede agravar el conflicto familiar existente en tanto que puede generar discusiones en torno a su uso, malgasto o utilización y por tanto, suponer una fuente de estrés añadida.

Ante la situación descrita se podrían plantear distintas opciones. Por un lado condicionar el reconocimiento del derecho al subsidio para menores que hayan cumplido la medida de internamiento, al cumplimiento de las medidas contempladas en el Plan Individual de Ejecución de Medidas, y a la continuidad del proceso formativo del menor. Y por otro lado también se podría suprimir la prestación en metálico por la de especie, como becas o cursos de formación. Asimismo, sería de interés articular algún mecanismo que permita que parte de la cuantía percibida por el menor mediante este subsidio pueda ser destinada al abono de las cantidades adecuada en concepto de responsabilidad civil derivada del delito cometido que dio lugar al internamiento.

Por último dejemos dicho que para los casos en los que no quepa otra opción que la aplicación de una medida privativa de libertad, sería conveniente la necesidad de habilitar módulos específicos para los menores responsables de hechos de VFP, evitando de esta manera que menores cumpliendo diferentes medidas compartan las mismas instalaciones y espacios, y el mismo régimen de convivencia interno, en los respectivos centros.

4.2. INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO.

Las medidas de internamiento **constan de un primer periodo** que se lleva a cabo en un centro de reforma, homologado por la administración y custodiado por personal de seguridad; **y un segundo periodo**, que se ejecuta mediante alguna modalidad de la libertad vigilada. Durante el primero los menores sometidos a la medida de internamiento en régimen cerrado

residen en el centro y desarrollan en el mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.³⁷ Y en la ejecución de las distintas medidas se deberán favorecer los vínculos sociales y el contacto con los familiares y allegados³⁸.

La medida de internamiento en régimen cerrado³⁹ es la más gravosa pues afecta a la libertad ambulatoria del sujeto, y en atención al principio de intervención mínima, solamente puede imponerse en los supuestos de mayor gravedad⁴⁰.

En cuanto al cumplimiento de la medida cuando el menor alcance la mayoría de edad, habremos de estar, como regla general a lo que dispone el art. 14.1 LORRPM, que establece que el menor continuará el cumplimiento de la misma hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia. El precepto distingue cuando el menor ha cumplido los 18 y los 21 años. Por un lado el art. 14.2 de la LORRPM permite al Juez de Menores la facultad potestativa de ordenar el cumplimiento de la medida de **internamiento en régimen cerrado** en un centro penitenciario si una vez cumplidos los 18 años el menor no responde a los objetivos fijados en la sentencia. Por otro lado el art. 14.3 LORRPM obliga al Juez de Menores a ordenar el cumplimiento de esta medida en un centro penitenciario cuando el menor

37 Vid. arts.7.1, a), y 7.2 LORRPM y, art.24 RLORRPM.

38 Serán posibles comunicaciones y visitas, así como la solicitud de permisos de salida extraordinarios ante determinadas circunstancias, y permisos ordinarios y salidas de fin de semana una vez cumplido el primer tercio del periodo de internamiento. *Vid.* En relación al principio de resocialización, el art. 55 LORRPM; y con respecto al régimen de comunicaciones y visitas y los permisos de salida, art. 40-52 RLORRPM.

39 La medida de internamiento cerrado pretende que el menor adquiera los recursos de competencia social básica que le permita un comportamiento responsable en la Comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo (Exp. Motivos, III.16 LORRPM).

40 Cfr. arts. 9.2 LORRPM; y art. 37,b) CDN. Se podrá imponer esta medida cuando se den: hechos tipificados como delito grave en el Código Penal; o, que tipificados como delitos menos graves, en su ejecución se emplee violencia o intimidación o se genere grave riesgo para la vida o integridad física de las personas; o, delitos cometidos en grupo o con pertenencia a una banda que se dedique a actividades delictivas.

Además, habrá de imponerse por imperativo legal ante supuestos extremadamente graves como son el homicidio, el asesinato, la agresión sexual o los delitos de terrorismo, o cualquier otro delito que tenga señalada en el CP o en las leyes penales especiales una pena de prisión igual o superior a 15 años (art. 10.2 LORRPM).

Por otro lado si bien esta medida se podrá aplicar de forma cautelar, no se podrá imponer ante aquellos delitos que no revistan la mencionada gravedad o que hayan sido cometidos de forma imprudente, ni tampoco por la comisión de una falta -ahora delitos leves- (arts. 9.1, 9.2, 9.4, 10, 28 y 29 LORRPM).

haya cumplido los 21 años.⁴¹

En relación con aquellas afirmaciones que sostienen que estos supuestos han de ser valorados negativamente, al suponer en la práctica que el mismo Juzgado de Menores estaría imponiendo penas de prisión⁴², hemos de precisar que aquí lo que hace el Juez de Menores no es imponer una pena de prisión, pues en virtud del principio de legalidad el Juez de Menores sólo puede imponer las medidas previstas en el art. 7.1 LORRPM, sino que lo que hace es decretar el lugar del cumplimiento de la medida, que en este caso puede ser en un centro o en una prisión. Por el contrario, sí podrían afectar estas disposiciones al principio de seguridad jurídica en el ámbito penal, pues siempre hay que tener en cuenta que las modificaciones y sustituciones de medidas por parte del Juez de Menores sólo podrán ser adoptadas cuando no supongan una actuación más gravosa para el interesado.

En este sentido, lo que no se prevé en la LORRPM (art. 28) es la posibilidad de que en un procedimiento dirigido contra un mayor de 21 años por hechos cometidos durante su minoría de edad pueda acordarse la ejecución en centro penitenciario de una medida cautelar de internamiento cerrado. De esta forma, lo dispuesto en el art. 28 LORRPM en relación con el art. 14.3 LORRPM podría generar incoherencias. Por ejemplo que el autor de unos hechos cometidos durante su minoría de edad sea juzgado

41 En concreto el 14.3 LORRPM establece que “no obstante lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia.”

Cabe destacar aquí una incoherencia u olvido del legislador al hacer alusión en este apartado a “cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad”, pues recordemos que aunque el art. 69 CP no ha sido derogado, ha quedado vacío de contenido, eliminándose definitivamente la posibilidad de aplicar la LORRPM al mayor de 18 años y menor de veintiuno que se establece en el mismo (así como las referencias que se realizaban a esta cuestión en los arts. 1.2 y 4 LORRPM) con la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre. Así las cosas, dicha alusión solamente podría cobrar virtualidad en aquel procedimiento dirigido contra una persona de 21 años por hechos cometidos durante su minoría de edad.

42 DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA. “*La atención a menores...*”. *Op. Cit.* P. 38: “Esta aportación de la Ley de 2006, debe ser valorada negativamente por esta Institución ya que supone, en la práctica, que el mismo Juzgado de menores estaría imponiendo penas de prisión”.

una vez cumplidos los 21 años, en esta hipótesis y siguiendo lo ya indicado, la medida de internamiento en régimen cerrado se puede ejecutar en un centro penitenciario (art. 14.3 LORRPM), pero no así la medida cautelar de internamiento cerrado eventualmente impuesta, que habrá de ejecutarse en un centro de menores según lo previsto en el art. 28 LORRPM⁴³.

4.2.1. INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN SEMIABIERTO.

El régimen semiabierto representa la segunda medida más grave de las previstas para los menores, constituyendo una suerte de “internamiento intermedio” o “prisión atenuada”. Los menores sometidos a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de estas actividades fuera del centro estarán condicionadas a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro⁴⁴. En tal caso se fijará un periodo determinado de tiempo para la duración de la suspensión, que podrá ser prorrogado si las circunstancias persisten, pero esta facultad judicial ha de ser interpretada restrictivamente puesto que, si se suspenden todas las actividades que se venían realizando fuera del centro, el internamiento semiabierto se convertiría en uno de régimen cerrado, lo que supone una agravación de la situación del menor y una limitación de sus derechos⁴⁵.

El internamiento en régimen semiabierto es especialmente útil en los supuestos de VFP, puesto que permite una intervención integral en todo el contexto socioeducativo del menor, facilita la terapia familiar y, minimiza los efectos nocivos que cualquier internamiento conlleva, siendo menos rígido que el cerrado pero sin llegar a ser tan flexible como el abierto, y a su

43 Es por ello que la FGE en su memoria anual de 2014 propone la reforma del art. 28 LORRPM. Textualmente, plantea “la posibilidad de que, cuando se dirija el procedimiento contra una persona mayor de veintiún años por alguno de los delitos previstos en el art. 10.2 de la LORPM, pueda ejecutarse en un centro penitenciario la medida cautelar de internamiento cerrado que se le pueda imponer, en idénticos términos a los previstos en el art. 14.3 LORPM”. *Vid.* FGE. “*Memoria de la Fiscalía General del Estado 2014, 2015*. Recuperado el 15 de Octubre de 2019 de: [<http://www.fiscal.es>]. P. 776.

44 *Vid.* art. 7.1, b) LORRPM y 25 RLORRPM.

45 Esta regresión en la situación del menor exige la decisión motivada del Juez de Menores, la necesaria audiencia del Fiscal, y habrá de oírse igualmente al menor afectado.

vez supone un plus de confianza hacia el menor infractor y hacia su posible respuesta positiva.

4.2.2. INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN ABIERTO.

El internamiento en régimen abierto es el que supone una menor restricción de libertad. Los menores sometidos a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, debiendo regresar al centro a pernoctar puesto que éste será su domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

En particular, el art. 26.3 RLORRPM, establece que el tiempo mínimo de permanencia diaria del menor en el centro habrá de ser de 8 horas, debiendo pernoctar en él. No obstante, existen dos excepciones a esta regla general que se podrán aplicar a propuesta de la entidad pública y con autorización del Juez de Menores:

- Si el menor realiza en el exterior una actividad formativa o laboral cuyas características lo requieran, se podrá autorizar que no pernocte en el centro durante un periodo determinado de tiempo, debiendo acudir a éste únicamente con la periodicidad que se establezca para realizar determinadas actividades del PIEM, entrevistas y controles presenciales (26.3 RLORRPM).

- Si las características personales del menor y la evolución de la medida de internamiento en régimen abierto lo aconsejan, el Juez de Menores podrá acordar que el menor resida en viviendas o instituciones de carácter familiar ubicadas fuera del centro, pero bajo el control de la entidad pública, de modo análogo a las unidades dependientes de adultos previstas en el art. 165 del Reglamento Penitenciario (art. 24.6 RLORRPM).

4.2.3. INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN RÉGIMEN CERRADO, SEMIABIERTO O ABIERTO.

La medida de internamiento terapéutico en sus distintos regímenes⁴⁶,

⁴⁶ Los distintos regímenes del internamiento terapéutico no se preveían en la redacción original de la LORRPM, sino que se introdujeron por la LO 8/2006. En este sentido, la *Circular de la FGE 3/2013, sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil* (ap. XVI), expone que el internamiento terapéutico en sus distintos regímenes sigue las directrices establecidas para el internamiento de los arts. 7.1.a), b) y c)

ofrece un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica mediante la atención educativa especializada o tratamiento específico realizada en los centros de esta naturaleza⁴⁷.

Para el análisis de la aplicación de las medidas terapéuticas, es preciso partir de una interpretación integrada del art. 5.2 y 9.5 de la LORRPM. En concreto el primero de los preceptos establece que “No obstante lo anterior, a los menores en quienes concurren las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del vigente Código Penal, les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1 letras d) y e) de la presente Ley.”, y por su parte el 9.5 LORRPM establece que “Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, solo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma”.

Como se puede observar, el art. 5.2 LORRPM señala que será aplicable “en caso necesario”, y por su parte el art. 9.5 del mismo texto legal, dice que “sólo podrán aplicarse”, la medida de internamiento terapéutico en alguno de sus distintos regímenes, o la de tratamiento ambulatorio, en aquellos casos en los que resulte acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o que presenta alguna de las situaciones de inimputabilidad descritas en los tres primeros apartados del art. 20 CP⁴⁸.

LORRPM, pudiéndose imponer ante la comisión de un delito, bien sea de forma cautelar o firme, precisando entre otras particularidades que, sólo podrá imponerse el internamiento terapéutico en régimen cerrado cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 9.2, pero no así en los casos previstos en los arts. 10.1 y 2 LORRPM.

47 Est dirigida a los menores con anomalías o alteraciones psmicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepci3n que determinen una alteraci3n grave de la conciencia de la realidad. Es una medida especialmente útil cuando, dándose estos supuestos no cuenta el menor con las condiciones id3neas ni en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni se dan por otra parte las condiciones de riesgo que exigirían la aplicaci3n de un internamiento en r3gimen cerrado (arts. 7.1,b) LORRPM y 27 RLORRPM).

48 Nos estamos refiriendo a: 1º. Anomalía o alteraci3n psmica, o trastorno mental transitorio; 2º. Intoxicaci3n plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos an3logos, o se est3 bajo la influencia del síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias; y 3º. Alteraciones en la percepci3n desde el nacimiento o desde la infancia, con alteraci3n grave de la conciencia de la realidad.

En este sentido, es incoherente y confuso que por un lado, la ley disponga en el art. 7.1, d) y e) que el menor podrá rechazar tanto el internamiento terap3utico como el tratamiento ambulatorio en los casos de deshabitaci3n habiendo el Juez de aplicarle otra medida adecuada

Por tanto, y como pone de relieve la FGE en su *Circular 3/2013* (ap. I), “ante la apreciación de una causa de inimputabilidad sólo puede imponerse una medida terapéutica, pero tal imposición no es inexorable, toda vez que no hay necesidades preventivo generales ni retributivas que satisfacer. Así, en estos casos, la medida sólo debe imponerse si existe una necesidad objetiva, es por ello que el art. 5.2 LORRPM se refiere a la imposición *en caso necesario*. Será preciso que la necesidad de tratamiento, la peligrosidad del menor y la prevención especial positiva (finalidad de reintegración social) justifiquen en cada caso la imposición de la medida”⁴⁹.

Considerando que todas las medidas podrán aplicarse solas o como complemento de otra medida, normalmente este internamiento terapéutico se impondrá de forma aislada en los casos en los que se aprecie una situación de inimputabilidad plena del menor, y por otro lado se impondrá acompañando a otra medida en los supuestos de semiimputabilidad en los que no se aprecie la eximente completa prevista en el art. 20 CP, pero sí la eximente incompleta contemplada en el art. 21.1º CP o la atenuante analógica del art. 21.7º CP.

Por otro lado, la LORRPM prevé de forma expresa la **posibilidad de**

a sus circunstancias, y por otro lado, que en su artículo 5.2 y 9.5 disponga que en estos casos, si fuese necesario, solamente se pueden imponer esta medida de internamiento o el tratamiento ambulatorio.

49 Posteriormente, la FGE continúa diciendo: “De ello deriva que, no concurriendo peligrosidad, la absolucón del inimputable no implica necesariamente la imposición de un internamiento terapéutico, aunque puedan adoptarse otras medidas desde el área de Protección de Menores. El juicio de peligrosidad, por aplicación supletoria del Código Penal, consiste en evaluar si del hecho y de las circunstancias personales del sujeto puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2ª CP). La imposición del internamiento terapéutico en los casos de inimputabilidad declarada no es preceptiva, ni siquiera cuando los hechos en sí puedan subsumirse en tipos que integren supuestos de máxima gravedad (art. 10.2 LORRPM), sin perjuicio, lógicamente, de que a mayor gravedad de los hechos, pueda, como regla general, inferirse mayor peligrosidad y, correlativamente pueda ponerse con más claridad de relieve la necesidad de imponer un internamiento terapéutico”.

Además precisa la mencionada *Circular*, entre otras particularidades que, en el caso de menores inimputables podrá imponerse el internamiento terapéutico en régimen cerrado cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 9.2, pero, en atención al principio de proporcionalidad recogido en el art. 8.2 LORRPM los periodos de seguridad establecidos en los arts. 10.1.b) y 2 LORRPM serán inaplicables, en tanto que, de lo contrario, la medida impuesta al menor inimputable resultaría más aflictiva de lo que le habría correspondido si fuese mayor de edad (ap. III y IV de la mencionada Circular). De esta forma, en el caso de menores imputables y semiimputables, la duración del internamiento terapéutico sigue los mismos criterios que el internamiento ordinario, pero en el caso de menores inimputables, no serán de aplicación para el internamiento terapéutico en régimen cerrado las reglas de duración de la libertad vigilada subsiguiente al internamiento ordinario en régimen cerrado en los casos de los arts. 10.1.b) y 10.2 LORRPM.

que el menor rechace un tratamiento de deshabitación aplicándole el Juez otra medida adecuada a sus circunstancias, lo cual es coherente si tenemos en cuenta la inoperatividad de un tratamiento forzoso de tales características. Sin embargo, a tenor de la redacción literal de la ley, la posibilidad de rechazo queda limitada respecto del tratamiento que tenga por objeto la deshabitación, sea del consumo de bebidas alcohólicas, de drogas tóxicas o de sustancias psicotrópicas⁵⁰. De forma que cuando la medida de internamiento lo sea por anomalías o alteraciones psíquicas o por sufrir el menor alteraciones en la percepción que determinen una distorsión grave de la conciencia de la realidad, el menor no podrá rechazar dicho tratamiento, siendo su imposición coactivo y obligatorio⁵¹.

Por último, de conformidad con los arts. 54.2 LORRPM y 27.4 RLORRPM, todas las medidas de internamiento (terapéutico o no) también pueden ejecutarse en centros socio-sanitarios, que no sean los ordinarios del sistema de justicia juvenil, previa autorización del Juez de Menores. Sin embargo, el internamiento terapéutico en régimen cerrado, al contrario de lo que sucede con el ordinario, no podrá ejecutarse en un Centro Penitenciario, ni siquiera en una Unidad Psiquiátrica Penitenciaria, pues esta posibilidad la ofrece el art. 14 LORRPM exclusivamente para la medida de internamiento ordinario cerrado, y por lo tanto no puede aplicarse en otros regímenes (semiabierto, abierto, terapéutico o permanencia de fin de semana).

4.3. CONVIVENCIA CON OTRA PERSONA, FAMILIA O GRUPO EDUCATIVO.

El menor sujeto a esta medida debe convivir durante el periodo de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientarle en

50 En estos casos es preciso el concurso voluntario del menor, por lo que los Fiscales que hayan solicitado una medida de esta naturaleza habrán de interrogar al menor acerca de su aceptación en la audiencia. En el caso de que se rechace el tratamiento en fase de ejecución, en aplicación del art. 27.3 RLORRPM, se deberá suspender el tratamiento y ser sustituido por otra medida (excepto cuando se haya aplicado una eximente, pues en este caso sólo cabe la imposición de una medida terapéutica). Lo que no concreta de forma expresa ni la LORRPM ni la Circular de la FGE 13/2013 es la medida que habrá de imponerse en caso de que el internamiento terapéutico sea rechazado ante un proceso de deshabitación, aunque atendiendo a lo señalado en los arts. 5.2 y 9.5 LORRPM podemos intuir que sería la de tratamiento ambulatorio.

51 *Vid.* BENÍTEZ ORTÚZAR. "Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del art. 7 LORRPM", en MORILLAS CUEVA, L. (Dir). *El menor como víctima y victimario de la violencia social. Estudio jurídico*. Dykinson, Madrid, 2010. P. 211.

su proceso de socialización (arts. 7.1, j) LORRPM y 19 RLORRPM).

Esta medida es muy apropiada para dar respuesta a las carencias familiares o afectivas del menor, y se asimila más a una medida de protección que de naturaleza sancionadora, pues carece de contenido retributivo y sancionador. Una buena práctica a seguir, consistiría en que en aquellos casos en que se imponga y una vez cumplido el tiempo de duración, se inste a la entidad competente que acuerde la prosecución de la **convivencia familiar como medida de protección**, transformando la situación en un supuesto de acogimiento familiar, previsto en el art. 173 Cc.

En cualquier caso, la previsión del art. 19.6 RLORRPM según la cual durante la ejecución de la medida de convivencia, sea con persona, familia o con grupo educativo, el menor conservará su derecho a relacionarse con su familia (salvo prohibición judicial expresa), adquiere especial relevancia en los casos de VFP, dado que facilita la participación de los progenitores y familiares en la necesaria terapia familiar. Por otra parte, y puesto que la legislación de menores ofrece al Juez la posibilidad de imponer una o varias medidas, resulta conveniente que en los casos de VFP la convivencia se adopte junto con la libertad vigilada, a ejecutar esta última tras la finalización de la primera, a modo de fase de tránsito para la reincorporación del menor en su entorno, pues de integrarse de nuevo con su familia sin este periodo adaptativo incrementaría el riesgo de reincidencia.

4.4. TRATAMIENTO AMBULATORIO.

Esta medida se podrá imponer ante la comisión de delitos graves⁵² de forma cautelar o definitiva, sola o como complemento de otra. Los menores sometidos a la misma asistirán al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que les atiendan y seguirán las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancia psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan.

En este punto nos remitimos a lo ya expuesto en relación a los artículos 5.2 y 9.5 LORRPM, pues si bien, el primero establece que será aplicable “en caso necesario”, el segundo dispone que “sólo podrán aplicarse” la medida de tratamiento ambulatorio o el internamiento terapéutico en alguno de sus distintos regímenes en aquellos casos en los que resulte acreditado que

52

No es posible adoptarla ante delitos leves o menos graves.

el menor se encuentra en situación de enajenación mental o que presenta alguna de las situaciones de inimputabilidad descritas en los tres primeros apartados del art. 20 CP. Asimismo nos remitimos a lo dicho respecto de la necesidad de consentimiento del menor.

4.5. REALIZACIÓN DE TAREAS SOCIOEDUCATIVAS.

El menor al que se impone esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a promover el desarrollo de su competencia social y que faciliten, por tanto, su reinserción social. En correlación con lo establecido en la LORRPM, esta medida puede ser de carácter autónomo o formar parte de otra más compleja, e imponerse frente a la comisión de delitos o delitos leves⁵³ de forma definitiva, que no cautelar (Exposición de Motivos, III.19 LORRPM; arts. 7.1, I), 7.4, 9.1, 28 LORRPM y 21 RM).

Recordemos que en los casos de VFP la implicación de la familia es imprescindible, pero cuando los padres no quieren asistir a terapia, el Juez de Menores se encuentra muy limitado al respecto. Sin embargo, y aprovechando una de las condiciones necesarias para adoptar la suspensión de la ejecución del fallo, el Juez podría condicionar dicha suspensión a la obligación de realizar una actividad socio-educativa promoviendo (que no obligando) la necesaria colaboración de los progenitores, según dispone el art. 40.2, c) LORRPM, “incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor”.

4.6. PRESTACIONES EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

El menor sometido a esta medida, que no podrá imponerse si no es con su consentimiento, habrá de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, dichas actividades no podrán atentar contra su dignidad y serán de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad, buscando preferentemente, relacionar la naturaleza de la actividad a realizar en la medida, con la de los bienes jurídicos afectados por los hechos cometidos por el menor.

Si el consentimiento para la realización de las prestaciones es revocado en el curso del procedimiento, la medida debería sustituirse por otra que se

53 En el caso de delitos leves su duración máxima será de 6 meses, en el resto de supuestos será de 2 años.

crea adecuada, de la misma naturaleza y que no entrañe mayor restricción de derechos, siendo conveniente que en la sentencia se haya previsto la posibilidad de revocación, fijando por tanto, la medida sustitutiva y su duración. Por otro lado el consentimiento no puede ser otorgado por el representante legal del menor ya que se trata de derechos personalísimos, concurriendo éste cuando haya conformidad, tanto por parte del menor como de su letrado, siendo posible en su defecto, que el Juez lo solicite una vez que la resolución sea firme.

Por lo que se refiere a la duración de esta medida, y teniendo en cuenta que también se puede adoptar con ocasión de la comisión de un delito leve, podrá imponerse entre un mínimo de 50 horas y un máximo de 150 horas si el menor tiene entre 14 y 15 años (a razón de 4 diarias como máximo) o 200 horas si tiene 16 o 17 (a razón de 8 como máximo) atendiendo a la gravedad del delito cometido (arts. 9 y 10 LORRPM y 20.5 RLORRPM).

4.7. PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE O COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA O CON AQUELLOS DE SUS FAMILIARES U OTRAS PERSONAS QUE DETERMINE EL JUEZ.

Esta medida, conocida como “medida de alejamiento”, prevista en el art. 7.1.i) de la LORRPM, se puede imponer tanto de forma definitiva como cautelar, y tanto frente a hechos constitutivos de delitos, como delitos leves, si bien en este último supuesto su duración no podrá exceder de 6 meses (art. 9.1 LORRPM).

Se ha de tener en cuenta el listado de delitos a los que conforme al art. 57 CP es aplicable la pena homónima en la jurisdicción de adultos, de acuerdo con la cláusula de supletoriedad contenida en la Disposición Final 1ª LORRPM, entre ellos, algunos de los que pueden desarrollarse en los supuestos de VFP, como son los delitos de lesiones o de torturas y contra la integridad moral, así como sus correlativas faltas (delitos leves) (arts. 7.1,i), 9.1, 28 y 29 LORRPM, 48 y 57 CP). En este sentido hemos de matizar que aunque el art. 57.2 CP señala que en la jurisdicción de adultos la medida de alejamiento “se acordará, en todo caso” en los delitos citados en el 57.1 CP⁵⁴ cuando se cometan contra ciertas personas⁵⁵, en la jurisdicción

54 Homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

55 Quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes,

de menores la medida de alejamiento es siempre potestativa, sin que exista vinculación al mandato imperativo del art. 57.2 CP.

Por otro lado y aunque el contenido de estas medidas se ha importado del previsto para la jurisdicción de adultos en el art. 48 CP, en esta ocasión no se ha trasladado a la LORRPM la privación del derecho a residir contemplado en el art. 48.1 CP, por lo que no se podrá aplicar como medida definitiva autónoma.

Esta medida no estaba prevista inicialmente en la LO 5/2000, sino que se introdujo por la LO 8/2006, en un intento de asimilar el régimen de los menores al de los adultos y como resultado del progresivo protagonismo y reconocimiento de la víctima en el ordenamiento penal de menores.

En el tema que nos ocupa, una buena práctica es la que recoge la FGE en su *Circular 1/2007* (ap. VI.2), pues considera que, con carácter preferente, se ha de articular el alejamiento a través de la libertad vigilada al entender que ésta tiene un mejor anclaje con los principios inspiradores de la LORRPM, puesto que adoptado bajo esta perspectiva se puede revestir de unos contenidos educativos de los que carece el puro y simple alejamiento⁵⁶.

Y en relación al control del efectivo cumplimiento de esta medida, este lo llevarán a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por lo que la sentencia condenatoria que imponga al menor el alejamiento o el auto en el que se acuerde su imposición de forma cautelar se debe notificar a la Comisaría de Policía o Puesto de la Guardia Civil correspondiente al domicilio de la víctima⁵⁷. Y es que la LORRPM, a diferencia del CP, no

ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados.

56 Sobre esta cuestión la FGE en su *Circular 1/2007 sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006* (ap. VI.2) refiere que si se considerase que el alejamiento debiera tener otros contornos, como es la obligación de residencia, habrá de articularse a través de la libertad vigilada, dado que tal posibilidad no se contempla como contenido de la medida de alejamiento, al contrario de lo que ocurre en la pena homónima prevista en el art. 48 CP. En consecuencia, la prohibición de residir no podrá articularse como medida autónoma ni como contenido del alejamiento pero sí como regla de conducta de la libertad vigilada.

57 Al respecto, la FGE, precisa en su *Circular 1/2007* (ap. II. 2): “Desde el punto de vista del control material de la medida, habrá de tenerse en cuenta que si lo acordado es un alejamiento puro,

recoge la previsión de que el control de estas medidas se realice a través de medios electrónicos, lo que nos lleva a plantearnos la posible aplicación subsidiaria del CP, habida cuenta su carácter supletorio según lo previsto en la DF 1ª LORRPM. Al respecto, la FGE en su *Circular 1/2007 sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006* (ap. VI.2), recoge que la falta de previsión legal hace improcedente que estas prohibiciones (cautelares o no) puedan ser supervisadas mediante mecanismos de control electrónico, salvo que el sometido a la medida voluntariamente accediera a ello. Por tanto, y de forma general, el control telemático de la medida de alejamiento no es aplicable a la medida de alejamiento en la jurisdicción de menores, salvo que el menor accediese a ello.

Por otro lado, en caso de incumplir la medida de alejamiento (ya sea su carácter firme o cautelar) al no ser una medida privativa de libertad, podría ser sustituida por otra de la misma naturaleza (de medio abierto) o excepcionalmente, por una de internamiento en centro semiabierto (art. 50.2 LORRPM) existiendo la posibilidad de remitir testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al MF, por si el hecho fuese constitutivo de alguna infracción penal (art. 50.3 LORRPM). En tal caso, en los supuestos de VFP, el menor agresor podría verse expuesto a la imputación de un delito por quebrantamiento de condena tipificado en el art. 468 CP, lo que supondría, atendiendo al segundo párrafo de este precepto, y dado que el ofendido probablemente será una de las personas a las que se refiere art. 173.2 CP y que la medida quebrantada se corresponde con una de las penas homónimas contempladas en el art. 48 CP, que se podría imponer al menor maltratador cualquiera de las medidas privativas de libertad previstas en el art. 7.1 LORRPM, ya que el CP no ofrece otra medida alternativa.

Sin embargo, esta cuestión no está exenta de polémica doctrinal y jurisprudencial, pues encontramos sentencias en las que a pesar de lo establecido en el art. 50.3 LORRPM, se afirma que el incumplimiento de las medidas del art. 7 LORRPM no da lugar al tipo penal del art. 468 CP, argumentando que la aplicación del dicho precepto en determinados casos, supondría una interpretación extensiva en contra del acusado, lo cual está

es decir, no integrado como regla de conducta en una libertad vigilada, deberá el Juez oficiar a efectos de su control a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin que sea necesaria –dada la ausencia de contenido educativo de la medida– requerir a la Comunidad Autónoma para que lleve a efecto su ejecución y control”.

proscrito en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁸; mientras que otras, con más acierto y conformando la corriente mayoritaria, aplican en la jurisdicción de menores el delito de quebrantamiento de condena pues el hecho de que el art. 468 CP no incluya de manera específica en el tipo penal el incumplimiento de las medidas sancionadoras impuestas a los menores no puede llevar a la conclusión de que tal conducta sea atípica⁵⁹.

Está claro que en los casos de VFP, normalmente la adopción esta medida supondrá la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres⁶⁰, por lo que habrá que hacer uso de la facultad que se otorga en este último inciso del art. 7.1, i), remitiendo testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor para que promueva las medidas de protección más adecuadas al caso concreto. Así pues, su aplicación podría desembocar en la constitución de un acogimiento familiar (preferentemente en familia extensa, aunque también podría ser en familia ajena) o de un acogimiento residencial por un Centro de Protección.

4.8 OTRAS MEDIDAS.

Existen otra serie de medidas que no suelen imponerse en los casos de VFP, entre ellas distinguimos: la asistencia a centros de día, la permanencia de fin de semana, la amonestación, la privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor o del derecho a obtenerlo o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, y la inhabilitación absoluta.

58 Es el caso de la SAP Valladolid (Sección 4ª), de 7 de abril de 2004, (LA LEY, 1281/2004), o la SAP Tarragona (Sección 12ª), de 15 de junio de 2004 (Id. vLex: VLEX-52118234).

59 Así por ejemplo: SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), de 28 de marzo de 2008, (Aranzadi, JUR\2008\163081); SAP Valladolid (Sección 2ª) de 7 febrero de 2003, (Aranzadi, ARP\2003\453). En la misma línea se posicionan también, entre otras, la SAP Madrid (Sección 16ª), de 20 de septiembre de 2017 (Id. vLex: VLEX-696438025), la SAP Vizcaya (Sección 1ª), de 16 de junio de 2016 (Id. vLex: VLEX-651238237), o la SAP Melilla (Sección 7ª), de 30 de noviembre de 2014 (Id. vLex: VLEX-559319554), confirmando a su vez, la posibilidad de aplicar el art. 468 CP y las condenas en él previstas, a quebrantamientos perpetrados por mayores de edad que estuviesen cumpliendo medidas de acuerdo con la LORRPM, y precisando que, en tales casos se seguirá el cumplimiento de la medida conforme a dicha Ley, pero el quebrantamiento será juzgado de acuerdo con el CP.

60 Salvo aquellos casos de VFP donde los padres se encuentran separados o divorciados, y el alejamiento es adoptado tan sólo en relación a uno de los progenitores o solamente uno de ellos es agredido por el menor, pudiendo el menor convivir con el otro. En otros supuestos, en la práctica el alejamiento supone que el menor comience a convivir con algún familiar, sean abuelos, tíos, o hermanos mayores pero, pero ello ya conlleva acudir a una medida de protección por cuanto lo que se estaría constituyendo realmente sería un acogimiento familiar.

4.8.1. LA ASISTENCIA A CENTROS DE DÍA.

Las personas sometidas a esta medida⁶¹ residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, para realizar actividades de apoyo a su competencia social: educativas, formativas, laborales o de ocio. El número de horas para la realización de estas actividades no ha sido determinado, ni tampoco si la asistencia ha de ser todos los días de la semana o sólo algunos, por lo que podrá ser fijado por el Juez en horarios continuos o discontinuos.

4.8.2. LA PERMANENCIA DE FIN DE SEMANA.

Lo primero que llama la atención es que la LORRPM, en la relación de medidas que realiza atendiendo a la restricción de derechos, sitúa la permanencia de fin de semana en séptimo lugar a pesar de que se trata de una medida privativa de libertad, en concreto la sitúa tras la medida de tratamiento ambulatorio y la de asistencia a centro de día, donde la libertad del menor no resulta limitada.

Los menores sometidos a esta medida habrán de permanecer bien en su domicilio o bien en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o la noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia⁶². Esta medida suele mostrarse especialmente adecuada para aquellos menores que cometen actos de vandalismo o agresiones leves durante los fines de semana (Exposición de Motivos, III.21 LORRPM; arts. 7.1, g) LORRPM y 28 RLORRPM).

En cuanto a la duración de la medida, el tiempo de la permanencia puede oscilar entre un mínimo de 4 fines de semana y un máximo de 16 según la

61 A pesar de su interés se trata de una de las medidas menos impuestas en sentencia por la comisión de cualquier delito a nivel nacional, así por ejemplo en el año 2018 solo se adoptó en 133 ocasiones (un 0'6% del total de medidas impuestas).

62 En relación a la duración de la medida de permanencia, en la Exp. De Motivos de la LORRPM se señala que la medida abarca “desde la tarde o noche del viernes hasta la noche del domingo”, esto es, al menos 48 horas, y por su parte el art. 7.1, g) LORRPM, establece que la permanencia durará “hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo”, lo que no es sino muestra de una falta de técnica legislativa y del escaso interés del legislador.

gravedad del delito cometido⁶³. Con lo cual, en el caso de la permanencia en centro nos encontramos en realidad ante una medida de internamiento de corta duración. De hecho, aunque la LORRPM, no concreta a qué tipo de centro se refiere en su art. 7.1, g), en la práctica esta medida se suele cumplir en los mismos centros destinados a la ejecución del internamiento ordinario cerrado, abierto o semiabierto.

Asimismo, tampoco la LORRPM ni su Reglamento realizan indicación alguna sobre la posibilidad de que el Juez de Menores imponga la medida de permanencia de varios fines de semana con la previsión expresa de que su cumplimiento se realice de forma continuada o ininterrumpida en un centro, exceptuando la referencia contenida en el art. 50.1 LORRPM al contemplar que “cuando el menor quebrantara una medida privativa de libertad, se procederá a su reingreso en el mismo centro del que se hubiera evadido o en otro adecuado a sus condiciones, o, en caso de permanencia de fin de semana, en su domicilio, a fin de cumplir de manera ininterrumpida el tiempo pendiente”.

Por una parte, en caso de que la medida quebrantada sea la permanencia en centro, no queda claro si el reingreso para su cumplimiento ha de realizarse al mismo centro o similar o al domicilio, ni si el cumplimiento ininterrumpido habrá de llevarse a cabo solo en el domicilio o también en centro. Tampoco se especifica si lo que el menor habrá de cumplir de forma continuada son todos los fines de semana de permanencia que le fueron impuestos y que le queden por cumplir al momento del quebrantamiento o, solamente lo que reste para completar el fin de semana concreto en el que se produjo el quebrantamiento⁶⁴.

Por nuestra parte, entendemos que si es posible, así también lo entiende la FGE en su *Circular 9/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores* (ap. VIII.2), que al referirse a la ejecución de varias medidas expresa que: “cuando la medida de permanencia de fin de semana se cumpla en centro, especialmente si se hace de forma ininterrumpida, lo sea inmediatamente

63 Aquí a la luz del art. 8.3 LORRPM, y dado que el CP no contempla para los delitos leves penas privativas de libertad, no cabrá imponer al menor una medida de esta naturaleza como es la de permanencia de fin de semana. Otra cosa distinta es que se exceptionasen los delitos leves de las previsiones del artículo 8 párrafo segundo de la LORRPM, pues de esta forma si sería posible imponer la medida de permanencia de fin de semana a estos delitos.

64 Lo más adecuado sería que cumpliera de forma ininterrumpida la medida de permanencia de todos los fines de semana que le restaran al momento del incumplimiento.

después de las privativas de libertad”.

4.8.3. LA AMONESTACIÓN.

La amonestación consiste en la reprensión del menor llevada a cabo por el Juez de Menores dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro. (Exposición de Motivos, III.14 LORRPM; Arts. 7.1, m) LORRPM). Es una medida adecuada para menores no reincidentes y que no precisen de proceso alguno de resocialización, y resulta completamente inadecuada para delincuentes habituales. La amonestación se realiza normalmente en la propia audiencia, aunque no hay ninguna concreción al respecto ni en la Ley, ni en el Reglamento, y la única referencia existente se encuentra en la Exposición de motivos de la Ley que prescribe que se llevará a cabo en un acto único que se realizará en sede judicial.

Como buenas prácticas es deseable es que se produzca en un solo acto, no en varias sesiones, en un momento que sea lo más cercano posible al de la comisión del hecho ilícito, después de la audiencia si el menor y su letrado han manifestado que no van a recurrir el fallo del Juez o, en su defecto, si no se reconocen los hechos o se anuncia la apelación, con posterioridad a la firmeza del fallo, en ambos casos, dejando constancia de su realización mediante acta unida al expediente de ejecución. Por otro lado, aunque su duración y modo de realización tampoco se encuentran determinados en la normativa, lo recomendable sería que no fuese por un tiempo ni breve ni excesivo, utilizando un lenguaje claro y unos términos comprensibles de acuerdo con la edad y circunstancias del menor, no siendo ni demasiado crítico ni excesivamente tolerante o paternalista y evitando en todo caso, conceptos que puedan resultar lesivos para la dignidad o el honor del menor.

4.8.4. LA PRIVACIÓN DEL PERMISO DE CONDUCIR CICLOMOTORES Y VEHÍCULOS A MOTOR O DEL DERECHO A OBTENERLO O DE LAS LICENCIAS ADMINISTRATIVAS PARA CAZA O PARA USO DE CUALQUIER TIPO DE ARMAS.

Esta medida de privación se habrá de imponer como accesoría cuando la infracción penal se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente (Exposición de Motivos, III.23 y art.

7.1, n) LORRPM). Aunque ello no impide que se pueda establecer como principal. En relación a su duración, ya que se puede imponer ante delitos leves, su duración puede oscilar entre los 6 meses y los dos años, según la gravedad del delito cometido. Además, en aquellos casos donde se carezca de licencia y guía de pertenencia del arma, junto a la imposición de esta medida derivada de la aplicación de la respectiva agravación (por ejemplo, 153.3 CP), se podrá también condenar al menor por un delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 y 564 CP, con arreglo a lo dispuesto en el art. 77.1 CP.

4.8.5 LA INHABILITACIÓN ABSOLUTA.

Por último, la medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida. Por imperativo legal ha de imponerse de forma accesoria en aquellos casos en los que la conducta llevada a cabo por el menor sea un delito de terrorismo (arts. 7.1, ñ) y 10.3 LORRPM; 570 a 581 CP).

Y no es que haya de imponerse imperativamente en los delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 580 CP, sino que, como recuerda la FGE en su *Circular 2/2001 relativa a la incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores* (ap. II.1), la inhabilitación “*se aplica sólo*” en dichos supuestos, marcando un paralelismo con la misma pena en la jurisdicción de adultos⁶⁵. No obstante todo lo referido, una vez impuesta en los supuestos susceptibles de ello (delitos tipificados en los arts. 571 a 580 CP), el menor habrá de cumplir la medida de inhabilitación simultáneamente con el internamiento cerrado que prolongará su vigencia por un tiempo posterior a la extinción de éste,

65 Continúa la FGE en 2001 señalando una cuestión que no ha encontrado respuesta en las distintas reformas que la LORRPM ha sufrido desde entonces, por lo que hemos de compartir su recomendación: “*en el caso de que la medida de internamiento vea reducida su duración como consecuencia del ejercicio de las facultades previstas en los arts. 14 y 51 LORPM dentro de los límites de la Disposición Adicional cuarta, 2, c, -que exige el cumplimiento efectivo de al menos la mitad de la duración impuesta en sentencia- la LORPM no nos ilustra acerca de si la inhabilitación debe compartir la misma suerte (...) entendemos que el silencio de la Ley autoriza una interpretación favorable pues si lo que se pretende es diferir un tiempo el acceso del responsable del delito a cargos públicos o representativos tras el cumplimiento del internamiento, alzado éste nada obsta a que dé comienzo el cómputo del periodo de cumplimiento sucesivo de la inhabilitación (...)*”.

con el fin de evitar el acceso inmediato o próximo del condenado a cargos públicos o representativos tras ganar la libertad (art. 10.3 LORRPM).

Atendiendo a todo lo expuesto resulta indudable que esta medida pierde toda operatividad en los casos de VFP, por cuanto no resultaría aplicable. Es por ello que las investigaciones que estudian de forma específica este fenómeno violento no analizan la incidencia de esta medida.

BIBLIOGRAFIA.

AGUSTINA, J. R. (Director). *Violencia intrafamiliar: raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*. Edisofer, Madrid, 2010.

AMANTE GARCÍA, C. “Abordaje legal sobre la violencia filio parental. Hijos que agreden, padres que delegan”. *Jornadas sobre Violencia Intrafamiliar*. Valencia, 28-29 de Febrero de 2008. Recuperado el 5 de Junio de 2013 de: [<http://altea-europa.org/documentos/Hijos-agreden-padres-que-delegan.pdf>]

AROCA MONTOLÍO, C., BELLVER MORENO, M. C., y MIRÓ, C. “Los problemas de violencia en los adolescentes, ¿incapacidad educativa de los progenitores?”. *Educación Social. Revista de Intervención Socioeducativa*, 53, 2013.

ARRIBAS COS, M. I., y ROBLES, J. I. “La Ley de Responsabilidad Penal del menor y el papel del psicólogo y la mediación en la ley 5/2000”. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 5, 2005.

BENÍTEZ ORTÚZAR. “Medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas. Alcance del art. 7 LORRPM”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir). *El menor como víctima y victimario de la violencia social. Estudio jurídico*. Dykinson, Madrid, 2010.

CALATAYUD, E. y MORÁN, C. *Mis sentencias ejemplares*. La Esfera de los Libros, Madrid, 2009.

COLÁS TURÉGANO, A. *Derecho Penal de menores*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

GARCÍA PÉREZ, O. “La práctica de los Juzgados de Menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y su eficacia”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* REPC, núm. 12, art. 12, 2010.

GARCÍA INGELMO, F. M. “Violencia de género en parejas adolescentes. Respuestas desde la jurisdicción de menores”. *II Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres*. Sevilla, 28 y 29 de Noviembre de 2011.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. *El Proceso Penal de Menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

GARRIDO CARRILLO, F. J. “La fase de audiencia o de juicio oral en el proceso penal de menores”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.). *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*. Dykinson. Madrid. 2010.

IBABE, I., JAUREGUIZAR, J., y DÍAZ, O. *Violencia filio-parental: conductas violentas de jóvenes hacia sus padres*. Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria – Gasteiz, 2007.

LIÑÁN AGUILERA, F. L. “El maltrato intrafamiliar en la jurisdicción de menores”. *Intervención Psicoeducativa En La Desadaptación Social: IPSE-Ds*, (4), 2011.

LÓPEZ JIMÉNEZ, R. “Fase de audiencia o de juicio oral. Sentencia y recursos”, en GÓNZÁLEZ PILLADO, E. (Dir.). *Proceso Penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MADRIGAL MARTÍNEZ – PEREDA, C. “La violencia Familiar y de Género ejercida por los Menores”. *III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género*. Madrid, del 21 al 23 de Octubre, 2009.

ROMERO, J. C. “La respuesta judicial”, en PEREIRA, R. (Coord.) *Psicoterapia de la violencia filio parental. Entre el secreto y la vergüenza*. Morata, Madrid, 2011.

ROPERTI, E. *Padres víctimas, hijos maltratadores*. Espasa Calpe, Madrid, 2006.

VIDAL DELGADO, T. “Actuaciones desde justicia con menores agresores

a sus padres”, en NIETO MORALES, C. (Coord.) *La violencia intrafamiliar: menores, jóvenes y género: una mirada desde la práctica profesional*. Bosch. Barcelona, 2012.

LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. HACIA UNA NUEVA ORDENACIÓN DE LOS MECANISMOS DE AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE OBTENCIÓN DE FUENTES DE PRUEBA¹

INVESTIGATION IN CIVIL PROCEDURE. RESHAPING THE FACT-FINDING DEVICES AND THE MECHANISMS OF OBTAINING EVIDENCE.

Guillermo Ormazabal Sánchez

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Girona.
guillermo.ormazabal@udg.edu

RESUMEN:

El trabajo se dirige a analizar si el ordenamiento procesal español ofrece instrumentos para averiguar hechos y obtener fuentes de prueba y, en su caso, en qué medida dichos instrumentos satisfacen las necesidades de los justiciables. De modo instrumental, se examina la regulación de la cuestión en dos ordenamientos, el federal de los EEUU y el alemán. A diferencia Derecho norteamericano y de otros ordenamientos del *Common Law*, que poseen la institución del *discovery*, la tradición legal de los países de la Europa continental es más bien reacia, cuando no abiertamente hostil, a admitir una investigación o pesquisa en el ámbito del proceso civil. La comparación de dichos modelos contrapuestos permitirá formular propuestas respecto al ordenamiento español, entre otras, la necesidad de instituir un

¹ La realización del presente trabajo ha sido posible gracias a una beca de la Fundación Manuel Serra Domínguez (FMSD) otorgada en 2017.

cauce procesal único y uniforme que haga posible una verdadera averiguación de hechos y de fuentes de prueba y condicionado a la concurrencia de los presupuestos que el autor propone.

PALABRAS CLAVE: Proceso civil; Prueba; Fase de alegaciones; Derecho comparado

ABSTRACT:

The paper discusses whether the Spanish civil procedural law offers effective tools to conduct investigations about facts and to obtain evidence and, where appropriate, to what extent these tools meet the needs of those seeking judicial relief. In addition, the issue is examined in two law systems, the US federal and the German. Unlike US law and other Common Law systems with the discovery, the legal tradition of the continental Europe is rather reluctant, if not openly hostile, to admit the parties to conduct investigations about facts and evidence in civil process. The comparison of these opposing models will allow making proposals regarding the Spanish Law, among others, the need to institute a single and uniform procedural channel in order to allow a true investigation of facts and sources of evidence, provided some specific requirements are met.

KEYWORDS: Civil Procedure; Pleadings; Evidence; Discovery; Comparative Law.

SUMARIO

I. LA NECESIDAD DE POSIBILITAR UNA VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE FUENTES PROBATORIAS COMO ACTIVIDADES PRÁCTICAMENTE INDISOCIABLES. II. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO SOMETIDA A PLAZOS PRECLUSIVOS RÍGIDOS. REPERCUSIONES RESPECTO A LA AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA. III. LA PENURIA DE MEDIOS LEGALES PARA POSIBILITAR UNA

VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. EL ABUSO DEL PROCESO PENAL. IV. SUPUESTOS EN LOS QUE CABRÍA HABLAR DE UNA VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL MARCO DE UN PROCESO CIVIL Y LA ESCASEZ DE MEDIOS QUE EL DERECHO ESPAÑOL OFRECE PARA LLEVARLA A CABO. V. SUPUESTOS EN LOS QUE, DE MODO EXCEPCIONAL, EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL PROVEE AL JUSTICIABLE DE CAUCES PARA REALIZAR CIERTA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN. 1. Exhibición documental ex art.328.3 LEC 2. Las diligencias de acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia (arts.283 bis a y ss. LEC). 3. Las diligencias del art.732.2. II LEC en materia de medidas cautelares. 4. El expediente de jurisdicción voluntaria del art.112 LJV relativo a la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar la contabilidad. 5. En particular: las diligencias preliminares como instrumentos que posibilitan la averiguación de hechos y la obtención de prueba. VI. ¿OSTENTAN LOS JUSTICIABLES EN EL PROCESO CIVIL UN DERECHO CON ANCLAJE CONSTITUCIONAL A DISPONER DE MEDIOS PARA AVERIGUAR HECHOS Y ACCEDER A LAS FUENTES DE PRUEBA? VII. LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL NORTEAMERICANO: LA FORMACIÓN SUCESIVA DE LA PRETENSIÓN Y LA FASE DE DISCOVERY. 1. El punto de partida: fase de alegaciones flexible y formación sucesiva de la pretensión procesal como presupuestos de la actividad de investigación en la fase de discovery. 2. Hacia una fase de alegaciones rígida more europeo: la involución del sistema flexible de alegaciones por obra de la jurisprudencia más reciente. 3. La fase de discovery como máxima expresión del “excepcionalismo” procesal norteamericano. 3.1. Consideraciones generales y finalidades de la fase de discovery. 3.2. Alcance de la actividad investigativa que cabe desarrollar mediante el discovery. 3.3. La persistencia del discovery pese a sus indiscutidos inconvenientes y a sus evidentes posibilidades de abuso. VIII. EL PROCESO CIVIL ALEMÁN COMO CONTRAPUNTO EUROPEO AL DISCOVERY AMERICANO. 1. Consideraciones generales. 2. Las pretensiones informativas del derecho sustantivo (Auskunftsansprüche)

como medio tradicional para canalizar las peticiones de exhibición documental. 3. El deber de exhibición del § 142 ZPO (Aufklärungspflicht): la carga del actor de aportar un relato de hechos concluyente (schlüssiger Vortrag) y de individualizar suficientemente la petición. 4. La denominada carga alegatoria sobrevenida (sekundäre Behauptungslast) como mecanismo para remediar el desconocimiento del actor en relación con los hechos necesarios para fundar su pretensión. 5. Conclusión.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL: LA NECESIDAD DE INSTITUIR UN CAUCE PROCESAL ÚNICO Y UNIFORME PARA CANALIZAR LA AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE FUENTES DE PRUEBA. 1. Los aspectos precisados de reforma en el régimen actual de la LEC. 2. La nonata propuesta de ley de la Sección Especial para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE para introducir un régimen general en materia de averiguación de fuentes de prueba. 3. Dos aspectos adicionales para considerar en una posible reforma: la conexión de las diligencias de averiguación con las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba y la necesidad de prueba plena en relación con el carácter injustificado de la negativa a cooperar. 4. Consideración final: regular la actividad de averiguación de hechos y fuentes de prueba no precisa importar los inconvenientes del discovery. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA NECESIDAD DE POSIBILITAR UNA VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE FUENTES PROBATORIAS COMO ACTIVIDADES PRÁCTICAMENTE INDISOCIABLES.

Aun a riesgo de incurrir en una excesiva simplificación, cabe afirmar que toda la actividad procesal, desde la interposición de la demanda hasta la sentencia, se encamina a situar al juzgador en condiciones de realizar el así llamado silogismo judicial, es decir, a verificar si los hechos afirmados por el actor pueden subsumirse en la norma jurídica de la que se deriva el efecto jurídico pretendido. Lo que presupone, a su vez, verificar si tales hechos han quedado probados o fijados mediante su admisión o a través de presunciones. Tanto al actor como al demandado incumben, pues, dos cargas distintas, una alegatoria y otra probatoria, que, por regla general, recaen sobre los mismos hechos.

El levantamiento de dichas cargas puede deparar, sobre todo al actor, considerables dificultades y alzarse como un poderoso obstáculo para obtener la tutela judicial de su derecho. El legislador y los tribunales son en buena medida conscientes de dichos obstáculos. En el caso de la carga probatoria, se han realizado esfuerzos para socorrer al actor mediante las así llamadas “facilitaciones probatorias” (*Beweiserleichterungen*), expresión que compendia un abigarrado conjunto de instrumentos y técnicas jurídicas, tales como la inversión de la carga de la prueba, el establecimiento de presunciones legales, el rebajamiento del estándar probatorio o grado de certeza que debe suministrar la prueba para tener los hechos por fijados etc.²

Los mecanismos de acceso a las fuentes de prueba, a diferencia de las facilitaciones probatorias ahora referidas, tienen como finalidad acceder física y efectivamente a las fuentes de prueba, lo que puede significar obtener la exhibición de documentos, acceder a lugares y cosas para su inspección u obtener informaciones mediante la práctica de un interrogatorio, oral o

2 . Se trata, en estos casos, de instrumentos destinados a contrarrestar, corregir o alterar el funcionamiento ordinario de la carga de la prueba o, con otras palabras, de trasladar los perjuicios derivados de la ausencia de prueba al litigante que se opone ilegítimamente, obstaculiza o frustra su obtención. O, simplemente, de favorecer a quien encuentra graves dificultades para obtener la prueba frente a quien goza de mayor facilidad para clarificar los hechos controvertidos. Sobre los medios de facilitación probatoria, véase mi trabajo *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Editorial Marcial Pons. Madrid 2004.

por escrito etc.

En materia de acceso a las fuentes de prueba existe una distinción de importancia trascendental. Se trata, concretamente, de que el acceso puede pretenderse con base en el conocimiento preciso de la existencia y características de cierta fuente probatoria (un documento de cierto contenido, una cosa de ciertas características) o bien cabe que el solicitante sólo tenga indicios, sospeche o crea con buen fundamento que dicha prueba existe y puede poseer el contenido o características que resultan relevantes para demostrar los hechos que le interesa probar. La diferencia estriba en que, en este segundo caso, lo que se pretende es una verdadera diligencia de investigación, actividad que en el Derecho procesal civil de los países de tradición jurídica europea continental suscita más bien una considerable resistencia cuando no una expresa aversión.

Por lo que se refiere a la alegación de los hechos, se trata de una carga que precede lógicamente a la de la prueba, pues, obvio es decirlo, el levantamiento de ésta sólo puede tener lugar una vez satisfecha aquélla. Arrostrar dicha carga puede resultar más o menos sencillo si el actor conoce los hechos que fundamentan la legitimación pasiva y la causa de pedir. En cambio, si alguno de aquellos hechos no le resultan conocidos, deberá realizar las correspondientes averiguaciones. Tratándose de “encontrar” o “descubrir” hechos que de momento se desconocen, aunque se sospechan o intuyen con buen fundamento, la actividad que habría de desplegar la parte procesal interesada sería calificable también como de verdadera investigación o indagación.

Quizá en la mayor parte de los casos, la necesidad de averiguar hechos se refiere a la determinación o descubrimiento del sujeto frente al que ha de dirigirse la demanda, a quien se atribuye la infracción del derecho con base en el que se acciona. Sería, por ejemplo, el caso del titular de un derecho de propiedad industrial o intelectual que desconoce quién ha puesto en circulación su obra o su invención. Pero existen otros supuestos. Por ejemplo, para reclamar los daños generados por una infracción relativa a prácticas colusorias de la competencia (no precedida de un expediente sancionatorio por parte de la autoridad antitrust española o europea correspondiente), el actor no puede limitarse a alegar genéricamente una actuación concertada de varias empresas encaminada a la fijación precios, sino que debe alegar la existencia de concretos pactos o acuerdos en dicho sentido. Una demanda con afirmaciones hipotéticas o genéricas, carente de

un cierto grado de concreción o sustanciación respecto a dichos extremos, no podría prosperar. No exactamente por falta de prueba, sino propiamente por la insuficiencia de la base fáctica en que descansa.

Es preciso advertir desde este momento que, aunque conceptualmente quepa distinguir la actividad de averiguación de hechos y la actividad de obtención de prueba sobre los mismos, ello no impide que, en la práctica, resulten actividades coetáneas, inextricablemente unidas y apenas diferenciables. Si el ordenamiento jurídico ofrece al titular de un derecho de autor cauces para averiguar un hecho que forma parte de la carga alegatoria o base fáctica de su pretensión (por ejemplo, la identidad de la persona que tal vez ha vulnerado su derecho de autor), dicho cauce, una diligencia preliminar, por ejemplo, podría permitir también tomar conocimiento de documentos, que, a su vez, podrían ser aportados al proceso y servir como prueba sobre la identidad del infractor.

El presente trabajo se dirige a analizar si el ordenamiento procesal español ofrece instrumentos para averiguar hechos y obtener fuentes de prueba y, en su caso, en qué medida dichos instrumentos satisfacen las necesidades de los justiciables. No se trata de examinar en detalle el régimen jurídico de cada uno de ellos, sino de analizar su posición sistemática en el ordenamiento procesal civil, determinar el alcance de la cobertura que prestan, detectar sus deficiencias y formular propuestas de reforma.

De modo instrumental, en el trabajo se dará cuenta de la regulación de la cuestión en dos ordenamientos que sostienen puntos de partida bien diversos y llegan a soluciones muy diferentes. Los ordenamientos procesales de la Europa continental no ponen un especial esmero en proporcionar al litigante que los precise medios para levantar sus cargas alegatoria y probatoria o, más precisamente, para investigar sobre los hechos que precisa alegar y la prueba que necesita aportar para sostener su pretensión. Entre nosotros, una actividad de este tipo, de modo generalizado, prácticamente es solo conocida en la fase de instrucción del proceso penal. A diferencia Derecho norteamericano y de otros ordenamientos del *Common Law*, con la institución del *discovery*, la tradición legal de los países de la Europa continental es más bien reacia, cuando no abiertamente hostil, a admitir una investigación o pesquisa en el ámbito del proceso civil (*Ausforschungsverbot*). Lo cierto es que, en la actualidad cada vez son más numerosas las voces que abogan por una reforma expansiva. La comparación de dichos modelos contrapuestos nos permitirá más

adelante formular propuestas con mayor fundamento respecto a nuestro ordenamiento.

II. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO SOMETIDA A PLAZOS PRECLUSIVOS RÍGIDOS. REPERCUSIONES RESPECTO A LA AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA.

Como decía, quien pretende obtener la tutela de los tribunales puede topar en ocasiones con el desconocimiento de los hechos en los que se apoya su pretensión. Esta afirmación puede resultar, a primera vista, paradójica y sorprendente. En efecto, si alguien acude a los tribunales para reclamar la tutela de un derecho que considera lesionado, lo hace con base en ciertos hechos que han dado lugar a dicha lesión o quebranto. Podría encontrar problemas –cabría añadir– en lo que concierne a la prueba o acreditación de aquellos hechos. Si éstos no le resultasen conocidos, sin embargo, no se plantearía la necesidad de acudir a los tribunales.

Las cosas, sin embargo, no son tan sencillas. Como se dijo antes, puede suceder que los hechos que se desconocen sean los relativos a la identidad de quien ha vulnerado el derecho, no a la vulneración en sí misma considerada. Cabe, además, que alguien carezca de constancia acerca de los hechos que podrían generar un derecho a su favor, pero cuente con indicios o sospechas, más o menos fundadas, de que así es y precise llevar a cabo algún tipo de investigación o indagación para confirmarlo.

A este respecto, la ley procesal española no concibe una fase de alegaciones que vaya más allá de los escritos de demanda y de contestación, y de las eventuales alegaciones complementarias que puedan formularse en la audiencia previa al juicio³. De hecho, el elemento fáctico de la pretensión debe quedar sustancialmente fijado en los escritos de alegaciones. Cabe también que se incorporen al proceso hechos nuevos o de nueva noticia

3 . En todo caso, dichas alegaciones complementarias no están concebidas para permitir la introducción de un nuevo objeto procesal, deduciendo hechos nuevos que alteren sustancialmente la causa de pedir delimitada en el escrito de demanda o nuevas peticiones esencialmente diversas de las iniciales. Véase al respecto y por todos, VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, editorial Civitas, Madrid 2004, pp.217 y ss.

en momentos procesales diferentes de los anteriores (cfr. art.286 LEC)⁴. Sin perjuicio de las referidas alegaciones complementarias y, en su caso, hechos nuevos o de nueva noticia, como regla general, resulta extraño al ordenamiento procesal español una suerte de formación sucesiva de la pretensión o la posibilidad de ir modificando el petitum o los hechos delimitadores de la acción en virtud de nuevas averiguaciones, fruto de eventuales indagaciones realizadas en el curso del proceso.

El actor queda, pues, al albur de las indagaciones o pesquisas que pueda llevar a cabo por sí mismo, mediante actividades jurídicamente lícitas. Si éstas son suficientes para esclarecer los hechos que fundan su pretensión, no existe necesidad alguna de que ordenamiento jurídico acuda en su socorro. Pero si dichas actividades de investigación supusiesen afectar derechos de terceras personas o requiriesen compelerlas a realizar ciertas actuaciones, sería precisa la oportuna previsión legal y, en su caso, la necesaria autorización judicial.

Pero no es sólo eso. Si dichas actuaciones sólo pudiesen llevarse a cabo una vez interpuesta una demanda sustentada en afirmaciones generales e hipotéticas, el actor estaría corriendo un enorme riesgo, ya que, si no llegasen a aflorar los hechos que intuía o no se obtienen las pruebas necesarias para su acreditación, sus pretensiones quedarían definitivamente desestimadas con la fuerza de la cosa juzgada. La adecuada protección de los derechos del actor parece, pues, implicar que las indagaciones o actividades de investigación que precisa para aclarar los hechos pudiesen llevarse a cabo sin necesidad de interponer la demanda y que aventurarse a interponer ésta pudiese hacerse en función del resultado que hubiesen arrojado las actividades de investigación desarrolladas.

4 . Sobre la posibilidad de alterar el objeto inicial del proceso definido en los escritos de demanda a raíz de hechos nuevos o de nueva noticia (art.286 LEC), véase los trabajos de PICÓ I JUNOY, J., *La modificación de la demanda en el proceso civil*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006; y DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “El problema de los hechos nuevos o de nueva noticia que fundan nuevas causas de pedir”, en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, Bosch Editor, Barcelona 2013. El último autor, en concreto, es partidario de flexibilizar la prohibición de *mutatio libelli* consagrada en el art.412.1 LEC y considera incluso que el actor debe alegar a través del art.286 LEC los hechos nuevos o de nueva noticia que funden nuevas causas de pedir si no quiere que le afecte la preclusión del art.400 LEC en relación con la extensión de la cosa juzgada en los términos definidos por el art.222.2 LEC.

III. LA PENURIA DE MEDIOS LEGALES PARA POSIBILITAR UNA VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. EL ABUSO DEL PROCESO PENAL.

Para ilustrar cuanto llevamos dicho sobre la escasez de medios para llevar a cabo una actividad investigación en el marco de un proceso civil, imaginemos el siguiente caso, en el que se da por supuesto que algunos de los hechos narrados, que podrían presentar apariencia delictiva, están en realidad desprovistos de ella:

Muere una mujer llamada H y poco después fallece también Z, su padre. A y B, hermanos de H concurren con X, hijo de la difunta H, en la partición hereditaria de los bienes que parecen quedar en el patrimonio de Z, concretamente el piso en el que éste vivió hasta su muerte y algunos paquetes de acciones. X está extrañado de que su abuelo no poseyese un patrimonio mucho mayor, ya que llevaba un altísimo tren de vida y tenía a su servicio un chófer particular y un cuidador permanente. Además, sabe por su madre que en épocas pasadas de su vida Z amasó grandes sumas de dinero en negocios diversos. Todo ello lleva a X a sospechar con buen fundamento que sus tíos se habrían ido agenciando el dinero que Z probablemente poseía en metálico y en cuentas corrientes bancarias de las que en alguna ocasión había oído hablar a su madre, quien también le había manifestado su sospecha de que A y B estaban aprovechándose de la progresiva demencia senil del abuelo para ir pidiéndole ayuda económica y “haciéndose regalar” valiosas obras de arte, cuadros y estatuas que poseía en su domicilio.

En estas circunstancias, X se plantea demandar a sus tíos, pero para averiguar la verdadera consistencia del patrimonio de su abuelo precisaría llevar a cabo una actividad investigadora que podría implicar, entre otras actuaciones, dirigir solicitudes de información a entidades bancarias acerca de depósitos y cuentas corrientes de su abuelo, interrogar a sus cuidadores y a su chófer, quienes se niegan a ofrecerle información alguna, e incluso pedir información a ciertas salas de arte, que declinan revelar datos sobre la identidad de sus proveedores. También le interesaría obtener información sobre las cuentas bancarias de uno de sus tíos, pues sabe que ha de hacer frente al pago de la pesada hipoteca sobre un inmueble que adquirió hace no mucho tiempo y recientemente ha comprado un coche de alta gama. Supone que a partir de esos movimientos tal vez pueda descubrir ingresos de efectivo realizados durante los últimos meses de su abuelo y acreditar

que provienen del patrimonio de éste. En fin, sin dichas informaciones no se atreve plantear una demanda. No sólo por falta de prueba, sino por pura imposibilidad de formular un petitum concreto y, en resumidas cuentas, por la insuficiencia de un relato fáctico en que pueda sustentarse la declaración de algún efecto jurídico a su favor.

¿Qué herramientas jurídicas ofrece, en concreto, el Derecho procesal español a X para averiguar los hechos y las fuentes de prueba con el fin de hacer efectivo el derecho que eventualmente le corresponda sobre los bienes del caudal relicto expoliado por sus tíos?

La conocida respuesta a dicha pregunta es que el ordenamiento procesal español ofrece una ayuda bien escasa al atribulado potencial actor que se halla en esta tesitura. Por ejemplo, en el caso que nos ocupa no parece que X pudiese solicitar –ni siquiera por analogía- alguna de las diligencias preliminares taxativamente previstas en el art.256 LEC. Por supuesto, de nada le serviría acudir al aseguramiento de prueba previsto en el art.296 LEC, ya que la prueba no puede recaer en el vacío, sino sobre hechos previamente conocidos y sobre documentos u objetos concretos. En cualquier caso, parece poco satisfactorio que pretensiones de tutela bien fundadas resultasen inexorablemente inviables por ausencia de los mecanismos procesales necesarios para hacerlas prosperar.

Resulta comprensible que el ordenamiento jurídico autorice en el marco del proceso penal la realización de una actividad auténticamente investigadora, es decir, de descubrimiento de hechos. Se trata, nada menos, que de esclarecer ciertos acontecimientos para comprobar si es preciso proteger a la colectividad imponiendo la pena oportuna. El interés general, en definitiva, está en juego de un modo especialmente perentorio. En cambio, en el proceso civil, con la excepción de los procesos no dispositivos, dicho interés está, como regla general, ausente. Por dicha razón, se considera que la tarea de esclarecer los hechos y de hacer acopio del material probatorio corre, en principio, a cargo de los ciudadanos, sin el respaldo del poder público.

Las consecuencias de lo dicho son evidentes y no precisamente positivas. Cuando las normas de proceso civil no ofrecen a los justiciables cauces idóneos para indagar o averiguar hechos y fuentes de prueba necesarios para sustentar sus pretensiones, aquéllos tenderán irremediamente a echar mano del proceso penal a poco que exista alguna posibilidad de

atribuir relevancia o significación criminal a la conducta del potencial demandado, por mucho que dicha atribución tenga poco de consistente y en breve vaya a revelarse infundada. Los letrados que llevan asuntos relativos a la protección de derechos de propiedad intelectual e industrial y, en general, todos aquellos que se mueven en ámbitos donde existe un elevado de solapamiento o confusión entre el ilícito civil y la infracción penal, saben bien hasta qué punto es cierto lo dicho⁵.

El proceso penal, en efecto, sí que permite llevar a cabo los actos de investigación –incluso de oficio– que precisa el actor y, además, autoriza a hacerlo a raíz de una sospecha fundada. Sólo las primeras diligencias instructorias pueden ya posibilitar el acopio de la información y de las fuentes de prueba necesarias para hacer triunfar las pretensiones en un posterior proceso civil, requisando ejemplares, secuestrando ediciones, entrando en lugares cerrados e interrogando a quienes se hallen en almacenes, fábricas etc. Es lo que tan habitualmente ha sucedido en relación con la infracción a los derechos de propiedad industrial e intelectual, parcela en la que en alguna medida se ha frenado el frecuente (aunque comprensible, si las cosas se miran desde el punto de vista del interés del titular de los derechos infringidos) abuso del proceso penal, con la introducción de nuevas diligencias preliminares (números 7º a 11º del art.256.1 LEC), nuevas disposiciones en materia de aseguramiento de prueba (art.297.2 LEC) y en materia de exhibición documental (art.328.3 LEC).

Que los justiciables se vean abocados a acudir a los mecanismos procesales diseñados para hacer frente a la criminalidad cuando lo que persiguen es hacer efectivas sus pretensiones de naturaleza civil, constituye, cuando menos, una clara deficiencia del sistema procesal. Y desde un punto de vista objetivo, entraña un considerable abuso, por mucho que quien lo comete no tenga prácticamente opción de evitarlo si pretende hacer prosperar de modo efectivo sus pretensiones.

La Sentencia 158/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI: ES: APB: 2019:5791A), de 24 de julio de 2019, tiene la virtud de ofrecer,

5 . El ejemplo de la propiedad intelectual es especialmente ilustrativo. Como se ha afirmado, “actualmente la protección penal de la propiedad intelectual es muy amplia y parece estar totalmente subordinada a la legislación civil. La estrecha vinculación al Derecho civil da lugar a que casi todos los ilícitos civiles puedan también considerarse ilícitos penales, situación que ha planteado en la práctica numerosos problemas”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M./ROBLES PLANAS, R./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (Director: Silva Sánchez. Coordinadora: J.M. Pastor Muñoz, N.), Editorial La Ley/Wolters Kluwer, Madrid 2011, p.34.

en línea con cuanto se ha dicho, un expresivo ejemplo de las desventuras y grado de desesperación al que puede llegar quien pretende averiguar hechos necesarios para levantar su carga alegatoria en la demanda. Por la representación procesal de cierta entidad mercantil se interpuso solicitud de “medidas cautelares previas a demanda” (sic) contra el arrendatario de un inmueble, por la que interesaba autorización de entrada de la propiedad y de los técnicos u operarios enviados por aquélla *a fin de poder tomar las mediciones necesarias previas al inicio de la obra para poder tener conocimiento del presupuesto de la misma, y en su caso poder saber su coste de reparación y también poder saber si estuviéramos ante un supuesto de pérdida de la cosa del artículo 118 del TRLAU del 64; autorización de entrada inmediata de la Arquitecta (...) a fin de poder practicar por ésta las comprobaciones oportunas sobre el estado de la flecha de los forjados y así es necesario adoptar medidas de seguridad en caso de que la misma haya aumentado; y, autorizar, en caso de ser necesario, el descerrajamiento de la puerta de acceso al piso referido para dar cumplimiento a lo solicitado en los dos apartados anteriores”*.

En definitiva, se pretendía la adopción de medidas cautelares previas a la demanda con el objeto de reunir los datos necesarios para elaborar un presupuesto que permitiese valorar tanto el coste económico de unas obras como la posible pérdida de la cosa, con el objeto de interponer, en su caso, una demanda de resolución del contrato arrendaticio. Como no podía ser de otro modo, el tribunal rechazó la petición, entre otros motivos, porque con las medidas no se pretendía asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, como corresponde al fin institucional de las medidas cautelares (cfr. arts.721.1 y 726.1. 1ª LEC) sino obtener datos para interponer la demanda, objetivo que habría de alcanzarse a través de la oportuna diligencia preliminar, si tal existiese. Como quiera, sin embargo, que dicha diligencia no está prevista en la ley ni parece que pueda reconducirse, por analogía, a algunas de las previstas en el art.256 LEC, el litigante, en un intento desesperado de averiguar los datos que precisaba para formular su demanda, acudió a probar suerte a través de una vía procesal a todas luces inapropiada en relación con la finalidad perseguida. Tampoco hubiese sido adecuado echar mano del aseguramiento de prueba, ya que, según el art.297 LEC esta institución tiene como finalidad la adopción de *medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba*

relevante o incluso carezca de sentido proponerla. En nuestro caso no se alegaba ni existía temor de que los potenciales demandados destruyesen pruebas, alterasen objetos o estados de cosas etc. Se trataba, simple y llanamente, de averiguar hechos.

Finalmente, junto con el abuso del proceso penal, la ausencia de mecanismos para averiguar hechos o acceder a medios de prueba en el proceso civil entraña también el riesgo de que los justiciables se vean frecuentemente avocados a intentar procurarse el conocimiento de los hechos o la disposición de las fuentes de prueba mediante actividades ilícitas (por ejemplo, contratando investigaciones privadas ilegales), que, además de resultar indeseables en sí mismas pueden asimismo ocasionar las correspondientes impugnaciones y conducir a las consabidas declaraciones de nulidad ex art.11 LOPJ.

IV. SUPUESTOS EN LOS QUE CABRÍA HABLAR DE UNA VERDADERA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN EL MARCO DE UN PROCESO CIVIL Y LA ESCASEZ DE MEDIOS QUE EL DERECHO ESPAÑOL OFRECE PARA LLEVARLA A CABO.

Abstractamente hablando, existen tres supuestos en los que cabría hablar de una propia actividad de investigación en el proceso civil, con independencia de si existen o no mecanismos en el Derecho español vigente que permitan llevar a cabo dicha actividad.

1. AFIRMACIÓN HIPOTÉTICA DE HECHOS Y PETICIÓN DE DILIGENCIAS PARA SU CORROBORACIÓN.

Los hechos que se alegan en una demanda deben afirmarse como ciertos, no como hipotéticos o posibles. Ni siquiera como probables. Otra cosa es que el actor tenga éxito o fortuna a la hora de convencer al tribunal de dichas afirmaciones. Si la ley procesal autorizase a afirmar un hecho como hipotético y a solicitar la práctica de diligencias de averiguación para verificar su existencia, estaríamos ante una auténtica actividad de investigación, que debería tener lugar antes de la interposición de la

demanda, dado el carácter netamente asertivo que, como se acaba de decir, caracteriza a dicho acto de alegaciones.

En este supuesto el derecho español podría ofrecer al potencial actor el cauce de las diligencias preliminares del art.256 LEC. Se trata de un cauce limitado a una serie de supuestos tasados, de suerte que sólo aprovecharía al actor en contadas ocasiones.

Aunque la diligencia tenga por objeto actuaciones bien concretas (exhibición de una cosa, del contrato de seguro, las cuentas de la sociedad, el acto de última voluntad), el solicitante puede instarlas con la finalidad de corroborar o confirmar que dichos objetos existen y están en poder de cierta persona, circunstancias que podrían presentársele como dudosas o no completamente conocidas. En ese sentido, se puede hablar ya de una verdadera y propia actividad de investigación.

Pero más allá de dicha corroboración, en algunos de los supuestos referidos en el precepto, las diligencias pueden servir para conocer y acceder a la prueba de datos completamente desconocidos para el solicitante. Y en este sentido, la posibilidad de una actividad de investigación es particularmente clara en las diligencias preliminares más recientemente insertadas en el apartado 1º del art.256 LEC, relativas a la infracción de derechos de propiedad intelectual y propiedad industrial, concretamente en sus números 6º-8º, 10º y 11º. Así, por ejemplo, cuando en el número 6º se hace referencia a la obtención de datos sobre el “posible infractor”, parece claro que la diligencia se dirige a averiguar una identidad por ahora desconocida. Algo parecido sucede con las letras a) a c) de dicho número, referidas a los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, mayoristas, minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios, a las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas etc.; o cuando en los números 10º a 11º del referido precepto se solicitan diligencias para averiguar la identidad de un prestador de servicios de la información la de un usuario de un prestador de servicios de este tipo.

Y por si fuera poco lo dicho, en el art.259.3 LEC se puede leer que, *en el caso de las diligencias del artículo 256.1. 7º, para garantizar la confidencialidad de la información requerida, el tribunal podrá ordenar que la práctica del interrogatorio se celebre a puerta cerrada.* Si cabe, no sólo ordenar la exhibición de documentos, sino también tomar declaración

a personas que puedan proporcionar datos sobre el posible infractor, el origen y redes de distribución de las obras, mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial, está claro que nos encontramos ante una diligencia de naturaleza claramente indagatoria o de investigación.

No parece, sin embargo, que una medida de aseguramiento de prueba adoptada con carácter previo a la demanda pudiese ser el cauce adecuado para canalizar una verdadera actividad investigadora. Las medidas de aseguramiento previstas en el art.297 LEC se encaminan, como su propio nombre indica, al “aseguramiento” y, por lo tanto, su adopción presupone que consta un objeto concreto y conocido, susceptible de ser protegido o asegurado. El precepto, por otra parte, no prevé el desarrollo de actividad alguna de carácter previo enderezada a la búsqueda o hallazgo de las pruebas, sino que parece partir de la existencia y localización de éstas y limita su finalidad al puro aseguramiento, puesta a buen recaudo o protección de las mismas.

2. AFIRMACIÓN CATEGÓRICA RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE LOS HECHOS QUE FUNDAN LA DEMANDA, PERO HIPOTÉTICA EN LO QUE SE REFIERE A LA EXISTENCIA Y ALCANCE DE LAS FUENTES DE PRUEBA QUE SE PRETENDEN OBTENER.

Por ilustrarlo con un ejemplo: el actor pide acceder a la correspondencia electrónica relativa a un determinado periodo de tiempo entre el director de compras de la empresa y un cierto proveedor. El objetivo es acreditar unos concretos acuerdos que han perjudicado a la sociedad. Si el actor asevera que dichos correos electrónicos existen y tienen un determinado contenido, la actuación judicial que se inste consistirá en acceder a una masa de información determinada y seleccionar la que concretamente se pide, es decir, los correos electrónicos en los que específicamente se reflejan los acuerdos considerados perjudiciales.

Cosa diferente sería, sin embargo, que se tratase de comprobar si existen o no dichas comunicaciones, es decir, que el actor las considerase sólo como posibles o incluso probables. La diferencia esencial entre ambos supuestos radica en que, en el primer caso, no se investiga, sino que se recaba y extrae la información relevante entre una cantidad, acaso ingente, de otras informaciones que no lo son. En cambio, quien no tiene constancia de que aquellos acuerdos hayan quedado reflejados en la correspondencia

entre ambos sujetos ni de su contenido exacto, sino que intuye o sospecha que allí puede encontrarse la prueba que busca, está pretendiendo una verdadera actividad de investigación.

Una vez interpuesta la demanda no parece que el actor, con carácter general, cuente con instrumento procesal alguno que le permita llevar a cabo actividades de naturaleza investigadora, en los términos en los que la hemos definido líneas más arriba. Como se verá, puede instar de la otra parte o de terceros la exhibición de documentos (arts.328 y ss. LEC), pero ha de tratarse de documentos concretos y cuyo contenido le resulte conocido, al menos si quiere beneficiarse de la presunción que la ley prevé para el caso de negativa injustificada a la exhibición, para lo cual debe presentar su propia versión o copia del documento (art.329.1 LEC). O, en cualquier caso, debe constar al solicitante la existencia del documento, pues en caso contrario carecería de sentido la posibilidad de dirigir un requerimiento de exhibición a quien se desconoce si está en posesión de los documentos (art.329.2 LEC).

Exactamente por las mismas razones expuestas arriba respecto de la posibilidad de llevar a cabo una actividad propiamente investigadora con anterioridad a la interposición de la demanda, tampoco parece que una medida de aseguramiento pudiese ser el cauce idóneo para ello una vez interpuesta la demanda.

3. ACCESO A INFORMACIONES QUE NO RECAEN SOBRE EL OBJETO DEL PROCESO PERO QUE PUEDEN CONDUCIR A DESCUBRIR FUENTES DE PRUEBA RELEVANTES.

También cabría hablar de actividad de investigación cuando se alegasen en la demanda o con anterioridad a la misma determinados hechos como ciertos y, en vez de instar del tribunal el acceso a una fuente de prueba idónea y apta para acreditarlos, se pidiese, a causa del desconocimiento de una tal fuente de prueba, el acceso a otras informaciones que pudiesen conducir —esta vez sí— a la obtención de la prueba específicamente relevante para el éxito de la pretensión. Un caso podría ser, siguiendo el ejemplo expuesto en el apartado anterior, el del requerimiento dirigido a un prestador de servicios de la sociedad de la información solicitándole la exhibición de datos para averiguar la identidad de proveedores del sector o ramo con los que el demandado se ha comunicado en un determinado periodo de tiempo y, a partir de los datos obtenidos, solicitar de alguno de aquellos proveedores documentación o información testifical acerca de los acuerdos

reputados perjudiciales.

Como se vio, en este supuesto la información que se pretenden obtener sería instrumental respecto del objeto de la prueba, es decir, no sería relativa a los hechos constitutivos de la pretensión o sobre los que fundamentan las excepciones, sino a otros hechos a partir de los cuales podrían obtenerse pruebas acreditativas de los hechos propiamente relevantes. Se trata, como se ve, de una actividad de naturaleza genuinamente investigativa.

En cualquier caso, dicha actividad de investigación sólo podría canalizarse mediante el cauce de las diligencias preliminares, antes de interponer la demanda. En efecto, una vez interpuesta ésta, como se ha argumentado, sólo cabe acceder a fuentes de prueba conocidas y concretas, no a informaciones que puedan conducir a probar los hechos relevantes. A mi juicio no existen razones convincentes para excluir en este supuesto el uso de las diligencias preliminares. Todo dependerá de que concurren los requisitos que justifican con carácter general la adopción de dichas diligencias (acreditación de un cierto *fumus boni iuris*, proporcionalidad etc.) y, particularmente, la justificación de que la obtención de la información solicitada puede conducir al acceso a las fuentes de prueba verdaderamente relevantes o pertinentes al concreto objeto procesal *de quo agitur*. Lo decisivo es, en definitiva, el objetivo último que persiguen las diligencias solicitadas.

De todo lo expuesto se deduce que, con la estrecha salvedad de las diligencias preliminares, el Derecho español no contempla, con carácter general, la posibilidad de realizar actuaciones propiamente calificables como de investigación en el proceso civil. Si las partes, especialmente el actor, no han podido hacerse con las pruebas por sus propios medios, el ordenamiento procesal no está, ordinariamente, dispuesto a socorrerlas para conseguirlo.

V. SUPUESTOS EN LOS QUE, DE MODO EXCEPCIONAL, EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL PROVEE AL JUSTICIABLE DE CAUCES PARA REALIZAR CIERTA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN.

Pese a lo dicho en las líneas anteriores, existen unos pocos supuestos en los que puede afirmarse que el legislador sí consiente una cierta, aunque limitada, actividad investigadora en el proceso civil.

1. EXHIBICIÓN DOCUMENTAL EX ART.328.3 LEC

El primero de dichos supuestos está referido a la protección de los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial. Se trata del art.328.3 LEC, cuando dispone que *en los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado.*

El solicitante debe aportar un principio de prueba, que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción, pero no se requiere que aduzca mayor concreción, ni se precisa que esté seguro de que existen y que especifique qué contenido tienen los documentos que supuestamente servirán de soporte probatorio para demostrar la infracción de su derecho. En efecto, la producción y localización de dichos documentos quedará habitualmente fuera del ámbito de influencia y conocimiento del solicitante, y éste sólo podrá intuir, sospechar o creer con buen fundamento que se han confeccionado los documentos y que le suministrarán la prueba que pretende obtener. El mismo dato de que no se pidan documentos concretos, sino documentación de determinada clase producida en un cierto periodo de tiempo, sugiere que estamos ante una actividad que, cuando menos, tiene mucho de indagación o pesquisa, y no de un puro acopiar o arrancar pruebas conocidas de manos del adversario procesal o de un tercero.

2. LAS DILIGENCIAS DE ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA EN PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA (ARTS.283 BIS A Y SS. LEC).

Otro supuesto en el que cabe también concluir que el legislador autoriza

hasta cierto punto la conducción de actividades propiamente calificables como de investigación es el de la sección 1ª bis del capítulo V (Título I, Libro II) LEC, relativa al acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia⁶. En dicha sección se faculta al tribunal para ordenar a la parte demandada (potencialmente demandada, si aún no se ha iniciado el proceso) o a terceros la exhibición de pruebas pertinentes que tenga en su poder (art.283 bis a.1 LEC), en las condiciones establecidas en los preceptos que integran la sección⁷.

El legislador no se refiere exclusivamente a documentos (o a la de medios e instrumentos informáticos), aunque probablemente está pensando especialmente en dicha clase de fuente probatoria. En cualquier caso, los apartados 2º y 3º del referido art.283 bis a LEC contienen dos alusiones muy reveladoras de que el legislador está dispuesto a admitir cierta actividad de investigación.

La primera de ellas es la dicción del apartado 2º cuando señala que *el tribunal podrá ordenar la exhibición de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de pruebas, lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada*. Si se tratase de aportar documentos cuya existencia y contenido constasen al actor, no sería preciso distinguir entre *piezas específicas de prueba* y *categorías pertinentes de prueba*. La mayor acotación o especificación posible parece referida a las *categorías pertinentes*, no a las *piezas específicas*, pues, por definición, lo específico, concreto o determinado no precisa de ulterior limitación o acotación.

6 . Estos preceptos tienen por objeto transponer al Derecho español la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014. Sobre los aspectos procesales de dicha Directiva, véase el trabajo de GASCÓN INCHAUSTI, F., *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/UE y de la propuesta de ley de transposición*, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo de 2007, vol.9º, Nº 1, pp.125 y ss.

7 . Sobre la posición o ubicación sistemática de las nuevas diligencias de acceso a fuentes de prueba en materia de Derecho de la competencia, véase GONZÁLEZ GRANDA, P., *La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y a su naturaleza jurídica*. Revista Justicia 2017, pp.132 y ss. La autora considera desacertada la creación de la referida sección 1º bis y considera que hubiese sido más correcto, desde el punto de vista sistemático incluir un nuevo ordinal en el art.256.1 LEC, distribuyendo seguidamente las diversas peculiaridades exigidas por razón de la transposición de la Directiva europea entre los artículos reguladores de las diligencias preliminares y del deber de exhibición documental.

Si lo pedido no reviste dichas características de especificación, debe al menos reunir el requisito de la pertinencia y someterse a un juicio de proporcionalidad, establecido en el apartado 3º del precepto, que trata de concretar los parámetros o elementos a los que debe ajustarse dicho juicio. Tras examinar los criterios que el art.283 bis a. 3º LEC ofrece al juzgador para decidir si la petición de exhibición resulta proporcionada, se puede concluir que dicho juicio, si no connatural o exclusivo, parece cuando menos predominantemente relacionado con la falta de especificidad o concreción de la petición exhibitoria. En efecto, cuando se piden informaciones específicas (listados de precios o de compradores) la falta de proporcionalidad podría provenir de una grave afectación de la confidencialidad de las informaciones solicitadas (letra c) del art.283 bis a. 3º LEC) o de la falta de acreditación del *fumus boni iuris* en cuanto a la pretensión o defensa ejercitadas (letra a) del art.283 bis a. 3º LEC). Pero es menos probable que tuviese su causa en el *alcance y el coste* (excesivos) *de la exhibición de las pruebas*, o en el hecho de que la petición del actor entrañase la realización de *búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no lleguen a ser relevantes para las partes en el procedimiento* (letra b) del art.283 bis a. 3º LEC).

Aunque el tenor literal del precepto que ahora nos ocupa podría sugerir una conclusión diferente, parece excesivo concluir que el juez pueda ordenar la exhibición de “búsquedas indiscriminadas” con sólo comprobar que existe la probabilidad de que dichas búsquedas lleguen a ser relevantes en el procedimiento. En efecto, la “indiscriminación” o indeterminación no puede ser absoluta, es decir, debe existir algún parámetro o criterio de búsqueda, por vago o amplio que resulte. Pero, en todo caso, parece claro que el legislador permite peticiones de exhibición relativamente inconcretas y dirigidas a lo ignoto. Siempre, claro está, que se sujeten a algún parámetro o criterio de identificación, por amplio que sea, que superen una ponderación global de proporcionalidad, que exista constancia de que las fuentes de prueba solicitadas se hallen en poder de la persona requerida y que la petición se funde en una pretensión con visos de prosperar. Es decir, existe un considerable margen para realizar una verdadera actividad de investigación. Particularmente cuando la petición de exhibición se formule con anterioridad a la interposición de la demanda, como expresamente consiente el art.283 bis a. 1º LEC.

Es preciso observar, además, que, en el precepto comentado, el coste de obtención de la exhibición se pone directamente en relación con el coste de

su búsqueda. La onerosidad que ésta puede implicar se deberá en algunos casos a que la información debe ser extraída de voluminosos archivos de documentos físicos, o –lo que en la actualidad parece mucho más probable y frecuente- de soportes informáticos de almacenamiento masivo de datos. La facilidad de búsqueda en el caso de estos últimos es directamente proporcional a la mayor definición, delimitación o especificación de criterios o rangos concretos. Si el art.283 bis a LEC, al establecer los parámetros del juicio de proporcionalidad, estuviese pensando en la obtención de fuentes de prueba bien especificadas y concretas, probablemente no habría establecido una relación tan directa entre los costes de la diligencia y los costes de la búsqueda de información. De donde cabe deducir, como decíamos, que el legislador está pensando, siempre dentro de ciertos límites, en el desarrollo de una actividad propiamente investigativa o de búsqueda y descubrimiento de lo que el solicitante de las diligencias aún desconoce o conoce de forma imprecisa.

3. LAS DILIGENCIAS DEL ART.732.2. II LEC EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES.

El precepto está referido a la solicitud de medidas cautelares y, en concreto, a la presentación de documentos o medios para acreditar los presupuestos de las medidas. En dicho contexto, el párrafo II al que nos referimos señala que *cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud.*

Las diligencias aludidas en el precepto están, pues, limitadas a los casos en los que la pretensión a ejercitar en el proceso principal verse sobre *la prohibición o cesación de actividades ilícitas*. Sin embargo, el tipo de actuaciones que cabe instar es, en principio, ilimitado (*requerimiento de informes o investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo*), condicionadas tan sólo al requisito de que las actuaciones resulten útiles para acreditar los presupuestos de las medidas.

El interrogante está referido a si la dicción *procesos incoados* ha de interpretarse literalmente o si cabe entender que dicha expresión sólo pretende limitar el tipo pretensiones para cuya efectividad pueden solicitarse

las diligencias (las relativas a la prohibición y cesación de actividades ilícitas antes referidas), pero no impedir que las actuaciones se soliciten en relación con medidas solicitadas *ante demandam*. Existe al respecto jurisprudencia menor contradictoria. Así, el Auto de 5 marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona⁸, sostiene la interpretación mientras que el Auto de 18 febrero de 2010 del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Madrid⁹ defiende la posibilidad de adoptar las diligencias de investigación antes de interponer demanda: la referencia a los “procesos incoados” no tendría que referirse al proceso principal, sino que podría ser aplicada a las diligencias de investigación que nos ocupan, pues para su adopción también se precisa incoar un procedimiento o cierta actividad procesal¹⁰.

Con independencia del acierto de una u otra interpretación, parece claro que el objeto de las investigaciones aludidas en el precepto no puede ser otro que el de acreditar –aunque sea *prima facie*– los hechos constitutivos de la pretensión principal, de modo que el objeto de las averiguaciones solicitadas coincidirá con el objeto de la prueba relevante en el proceso principal. De ahí que, en algunas ocasiones, los tribunales hayan visto este tipo de solicitudes con un notable grado de desconfianza y hayan rechazado su adopción por considerar que el solicitante abusaba de la medida y lo que realmente pretendía conseguir era una diligencia de obtención de prueba, cosa que debería haber canalizado a través de diligencias preliminares o de

8 . Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona, Auto de 5 Mar. 2009, proceso 114/2009, Ponente: Villena Cortés, Francisco de Borja. N° de Recurso: 114/2009. Diario La Ley, N° 7566, Sección Jurisprudencia, 10 Feb. 2011, Año XXXII,

9 . Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Madrid, Auto de 18 febrero de 2010 (Ponente: Nieto Delgado, Carlos, N° de Recurso: 36/2010), Diario La Ley, N° 7566, Sección Jurisprudencia, 10 Feb. 2011, Año XXXII.

10 . En el FJ 1º se puede leer la siguiente argumentación en dicho sentido: “Dicha restricción no puede compartirse: nada impide considerar que la exigencia de un «proceso incoado» pueda tenerse por satisfecha con una mera solicitud de medidas cautelares previas. No puede negarse el carácter de «proceso» al trámite que se sigue a resultas de dicha solicitud de tutela cautelar, siendo dicha calificación la única conciliable con el mandato que en el propio encabezamiento de la LEC recoge en su art. 1, que viene a someter a lo que en ella se dispone «los procesos civiles», incluyendo así la tutela cautelar regulada en el Libro IV. Son múltiples las razones que justifican tal interpretación: de haber pretendido el Legislador que el art. 732.2 LEC no pudiera accionarse en el marco de unas medidas cautelares previas, debería haber añadido a la expresión «proceso» el calificativo «declarativo». Por otra parte, no podemos olvidar que el art. 731, LEC, que plasma el principio de accesoriedad de las medidas cautelares, impide el mantenimiento de estas últimas cuando el proceso «principal» haya terminado lo que no es más que una tácita aceptación de que las medidas cautelares previas merecen también la consideración de proceso y de hecho las más de las veces principian el mismo”.

medidas de anticipación o aseguramiento de prueba (arts.293 y ss. LEC)¹¹.

Además, las diligencias del art.732.2. II LEC estarían completamente fuera de lugar cuando el solicitante contase ya con un principio de prueba sobre el fundamento de sus pretensiones¹². En efecto, los actos de investigación que pueden llevarse a cabo al amparo de aquel precepto son instrumentales a la adopción de la medida cautelar solicitada, cuyo presupuesto es la existencia de un principio de prueba o *fumus boni iuris*, no de la prueba plena necesaria para estimar la demanda principal. Cuando se cuenta ya con suficientes elementos de acreditación para satisfacer dicho modesto nivel de certeza, acudir al art.732.2. II LEC entrañaría abusar de dicho cauce, instrumentalizándolo para obtener prueba de un modo no previsto por la ley. En definitiva: las medidas sólo habrían de adoptarse cuando el solicitante se hallase en un estado tal de indigencia probatoria que careciese de elementos acreditativos suficientes para establecer un

11 . Como se refiere también en el ahora referido Auto de 5 marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona, “la obtención de prueba plena en el proceso civil, extraída del ámbito subjetivo de la parte contraria tiene sus propios y específicos cauces procesales, alejados por su objeto de la previsión del art. 732.2 pf. 2° LEC, sólo referido éste la acreditación meramente indiciaria del *fumus boni iuris* para la tutela cautelar. En efecto, los arts. 256 y ss. LEC, sobre diligencias preliminares, permiten la obtención de ciertos elementos probatorios para el futuro proceso principal, particularmente aplicables a las acciones de protección de la propiedad intelectual, por la reforma operada por la Ley 19/2006, de 5 de junio. Es decir, la obtención de material probatorio sobre el objeto del proceso principal, material existente en la esfera posesoria del futuro demandado, en el ámbito de la propiedad intelectual se residencia, con especialidad frente a cualquier otro cauce, en los n° 7 y 8 del art. 256 LEC, por disposición expresa de la citada Ley 19/2006, refiriéndose tales números, de modo expreso y específico, a la propiedad intelectual. En tal sentido evidencia la especialidad de este iter procesal el hecho de que la propiedad intelectual tiene en ese precepto su protección, por estar expresamente excluida, precisamente por su ámbito objetivo, de las diligencias de comprobación de hechos de los arts. 129 y ss. LP, sólo aplicables a la propiedad industrial, con exclusión de su ámbito de los derechos de propiedad intelectual. De otro lado, puede ampararse la obtención de prueba procesal plena con anterioridad al proceso, en la práctica de prueba anticipada recogida en el art. 293 LEC, que dispone un cauce específico para generar resultados probatorios antes del proceso, cuando no pueda esperarse a la fase procesal oportuna para su debida práctica, y existe temor de la pérdida de tales fuentes de prueba”.

12 . Es el caso del referido Auto de 5 marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona, cuando señala en su FJ 1° A que “(...) En coherencia con el indicado objeto de la norma, la previsión del art. 732.2 pf. 2° ha de referirse a investigaciones instrumentales a la resolución de la solicitud de medidas, sometida a ese exclusivo fin. Y para decidir sobre la solicitud de medidas no se precisa ni se exige, en modo alguno, la prueba plena de la existencia de la infracción de derechos, lo que es presupuesto de la estimación en sentencia de la pretensión principal, sino que basta, por mandato del art. 728.2 LEC, la mera apariencia de buen derecho, con datos meramente indiciarios, y preferentemente documentales, como exige este precepto. Aquellas investigaciones a las que se refiere el art. 732.2 pf, 2° LEC han de tener por objeto exclusivo la posible aportación de esos meros indicios integradores del *fumus boni iuris*”.

principio de prueba.

Por todo lo expuesto, es preciso analizar qué se proponía exactamente el legislador al introducir esta disposición y qué utilidad concreta puede reportar al solicitante de las medidas cautelares.

Si, contra su literalidad, cupiese interpretar el precepto de modo que fuese posible solicitar las diligencias de averiguación en el marco de una petición de medidas cautelares *ante demandam*, se estaría permitiendo al solicitante obtener medios de prueba que posteriormente podría utilizar en el proceso principal, siempre que el juzgador no considerase que los elementos de acreditación aportados por el solicitante ya justifican por sí solos la existencia de un principio de prueba o acreditación del *fumus boni iuris* y, por lo tanto, no se requieren ulteriores diligencias de investigación.

Si, por el contrario, y como dice literalmente el precepto, sólo cabe solicitar las medidas simultáneamente o con posterioridad a interponer la demanda, dos escenarios distintos son posibles.

El primero de ellos –el más probable y prudente– es que el solicitante haya interpuesto una demanda con visos de prosperar, acompañando a la misma el grueso de sus armas procesales (prueba documental y pericial), que se habrá procurado antes de iniciar el proceso, en su caso, mediante diligencias preliminares. Es probable que dichas pruebas resulten ya suficientes para acreditar el *fumus boni iuris*, lo que podría hacer innecesario llevar a cabo las diligencias de investigación que nos ocupan.

Si el actor, por el contrario, no se ha podido procurar antes de interponer la demanda elementos probatorios suficientes siquiera para producir un principio de prueba, el precepto que comentamos le podría proporcionar la base probatoria suficiente para acreditar el *fumus boni iuris*. Las medidas habrían de ceñirse a la acreditación de dicho principio de prueba sin que, en teoría, el demandante pudiese procurarse medios de prueba más allá de dicho nivel básico de acreditación. Si, de todos modos, las diligencias suficientes para acreditar el principio de prueba lo fuesen también para obtener la prueba que permita dictar una sentencia estimatoria, las actuaciones concebidas en principio para obtener la tutela cautelar habrán servido también para propiciar el éxito de la pretensión principal. Es evidente que aventurarse a interponer demanda confiando en que la obtención de la prueba se lleve a cauce por el cauce del art.732.2.º

LEC entrañaría un alto riesgo para el actor, por ejemplo cuando el tribunal declinase la práctica de las actuaciones de investigación, por considerar que no concurre el *periculum in mora* para decretar las medidas cautelares o que considere que las medidas o las propias diligencias de investigación pretendidas no reúnen el requisito de la debida proporcionalidad. Y podría suceder, además, que las actuaciones de investigación no se admitiesen en toda la extensión solicitada por el actor, de modo que no pudiese obtener toda la prueba que precisaba para hacer prosperar la demanda.

No cabe excluir, sin embargo, que el actor se vea irremediabilmente abocado a asumir el riesgo de demandar en dichas condiciones. Si no ha tenido la fortuna de contar con diligencias preliminares específicas que le hayan permitido conocer y hacerse con los medios de prueba necesarios antes de interponer demanda (cosa muy probable fuera de los casos de propiedad intelectual, industrial y derecho de la competencia) puede que no le quede más remedio que interponer demanda y confiar en que la solicitud de medidas cautelares le ofrezca la oportunidad de llevar a cabo diligencias que le permitan acopiar prueba no sólo para justificar la necesidad de las medidas, sino para la fundamentación probatoria de la demanda.

4. EL EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DEL ART.112 LJV RELATIVO A LA EXHIBICIÓN DE LIBROS DE LAS PERSONAS OBLIGADAS A LLEVAR LA CONTABILIDAD.

El art.112 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV) dispone que *la exhibición de libros, documentos y soportes contables de la persona obligada a llevarlos, en los casos en los que proceda conforme a la ley y con el alcance que éstas determinen, se podrá solicitar mediante este expediente, siempre que no exista norma especial aplicable al caso.*

Tal como se ha señalado, la exhibición objeto de este expediente de jurisdicción voluntaria tiene como función la tutela preventiva de determinados intereses legítimos; tutela de carácter instrumental y al servicio de un adecuado funcionamiento de otros institutos jurídicos, como por ejemplo la junta o asamblea general de las sociedades mercantiles¹³.

13 . Cfr. SOLERNOU SANZ, S., Comentario al art.112, p. 713, en *Estudio Sistemático de la Jurisdic-*

La exhibición documental para la que está concebido el expediente queda, como corresponde a un acto de jurisdicción voluntaria, fuera de un contexto contencioso, en el sentido de que no puede obtenerse para requerir de exhibición al adversario procesal, cosa para la que habría de acudirse al art.327 LEC, expresamente previsto para dicho supuesto¹⁴. El expediente que nos ocupa, sin embargo, puede ofrecer a quien aún no ha interpuesto demanda la oportunidad de reunir la base documental para interponerla más tarde con éxito, siempre que los documentos cuya exhibición precisa caigan dentro del ámbito objetivo del precepto¹⁵.

Lo dicho no significa, sin embargo, que haberse abstenido de solicitar la incoación del expediente deba constituir una causa de inadmisión de diligencias preliminares o solicitudes de exhibición ex art.327 LEC, cuando la exhibición que se pretende a través de dichos cauces podría haberse logrado a través del expediente. Semejante denegación equivaldría a una denegación de medios de prueba no contemplada por la ley, con la consiguiente lesión del art.24.2 CE.

Por último, merece ser traída a colación una consideración relativa al alcance de la exhibición documental que cabe obtener al amparo del art.112 LJV. Según Solernou Sanz, no cabe excluir que dicho precepto permita obtener la comunicación o reconocimiento general de la contabilidad y no

ción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio, AAVV (directores F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell, J.A. Torres Lana, M.J. Achón Bruñen), Editorial Dykinson, Madrid 2016.

14 . *Ibidem*. En dicho sentido, véase también PERDICES HUETOS, A.B., *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, Primera Edición (Director A. Fernández Buján), Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid 2016, comentario al art.112.

15 . Sobre la clase de documentos cuya exhibición puede ser obtenida y el ámbito de obligados a exhibir, véase PERDICES HUETOS, A.B., *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, comentario al art.112, op.cit. Según el autor los documentos que caen en su ámbito objetivo son, “especialmente los libros, documentos y soportes contables de la persona obligada a llevarlos. Siendo un desarrollo de los arts. 32 y 33 C de C, serán en principio los documentos referidos en ese texto legal y concordantes los que puedan ser objeto de exhibición (vid. art. 60 Ley general de Cooperativas). Es decir, sólo hay en principio obligación de mostrar aquellos libros que la ley obliga a llevar: más allá de eso, la norma se remite a aquella documentación contable que se prevea en cada supuesto. Así, p.ej., tendrá la máxima extensión en el art. 272.3 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al derecho de información del socio de la sociedad limitada —libros, albaranes, facturas (SAP Barcelona 09.12.2013) y, posiblemente, contratos—, y menor y más limitada en el caso de la sociedad anónima, a pesar de la ampliación jurisprudencial sentida en este terreno (art. 197 LSC y STS 19.09.2013). Del mismo modo, y dada su consideración de libro de llevanza obligatoria, aunque en puridad no sea contable, sucederá con los libros de actas de órganos colegiados y de socios y accionistas (art. 27.3 C de C y 104 y 105, 116 y 118.3 LCS)”. Al respecto véase también SOLERNOU SANZ, S., *Estudio Sistemático de la Jurisdicción Voluntaria...*cit. pp. 708 y ss.

simplemente la exhibición de concretas piezas o elementos documentales¹⁶. En efecto, en la legislación mercantil y en la doctrina está relativamente consolidada la distinción entre exhibición –referida a la exhibición de documentos concretos- y la comunicación de la contabilidad, ésta última entendida como equivalente a un reconocimiento general de la contabilidad de un empresario¹⁷. Como el tenor literal del art.112 LJV se refiere sólo a la *exhibición*, cabría concluir que el legislador ha pretendido excluir aquella comunicación o reconocimiento general de la contabilidad en el expediente que nos ocupa. La autora, aunque considera difícil que ello suceda, se muestra partidaria de una interpretación teleológica que ampare un reconocimiento general de la contabilidad cuando dicho reconocimiento sea preciso para el eficiente funcionamiento de la institución al servicio de la cual se concede¹⁸. Por lo que al objeto de este trabajo respecta, en la medida en que quepa justificar la realización de dicho reconocimiento general, el futuro demandante puede contar con un vigoroso medio de investigación y obtención de prueba para un futuro proceso.

5. EN PARTICULAR: LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES COMO INSTRUMENTOS QUE POSIBILITAN LA AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y LA OBTENCIÓN DE PRUEBA.

En líneas anteriores me he referido a las diligencias preliminares como uno de los cauces que ofrece el ordenamiento procesal español para canalizar peticiones de obtención de prueba e incluso permitir cierta actividad de naturaleza investigativa para esclarecer los hechos en que haya de fundarse una potencial demanda. En los términos expuestos, dicha afirmación parece chocar con la generalizada opinión de que las diligencias preliminares no son un instrumento idóneo para obtener prueba¹⁹. Aunque, en efecto, la

16 . Cfr. Op. cit. p. 712.

17 . Véase, por todos, MORÁN BOVIO, D., cfr. *Lecciones de Derecho Mercantil*, AAVV (coordinadores JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J./DÍAZ MORENO A.), 21ª edición editorial Tecnos, Madrid 2018, pp.152 y 153.

18 . Cfr. Op. cit. p. 712.

19 . BANACLOCHE PALAO, J., distingue entre el instituto de la exhibición documental y las diligencias preliminares señalando que mediante las últimas se pretende iniciar un proceso con garantías de éxito, mientras que con la primera se trata de confirmar datos de los que ya se dispone mediante copias u otros medios. Cfr. *Las diligencias preliminares*, editorial Civitas, Madrid 2003, p.50. Sobre la distinción entre diligencias preliminares y otras figuras afines, véase el trabajo de Rebeca CASTRILLO SANTAMARÍA, *La preparación del proceso: las diligencias preliminares*, Editorial Bosch Editor, Barcelona, 2018, pp.51 y ss.

finalidad de las diligencias preliminares no se agota en la obtención de prueba y en algunos casos ni siquiera remotamente tienen dicha finalidad²⁰, ello no impide que constituyan un cauce de perfiles poco definidos también apto, aunque sea de modo indirecto, para prestar cobertura o hacer posible la obtención de prueba²¹. De hecho, la inmensa mayoría de las diligencias preliminares posibilitan y en la práctica son solicitadas con dicho objetivo²².

En efecto, por lo que a su posición sistemática en la LEC se refiere, las diligencias preliminares están situadas en el Capítulo II del Título I, Libro II de la LEC, es decir, fuera de los Capítulos V y VI de dichos título y libro, que son los destinados a regular la prueba. El primer apartado del art.256 LEC las presenta genéricamente como una serie de actuaciones -por cierto, bien heterogéneas- que poseen en común la genérica función de servir para la preparación del juicio. Sin que sea éste el momento de indagar sobre antecedentes históricos, el legislador de 1881, de quien la LEC actual ha heredado el nombre y gran parte de las concretas diligencias preliminares, pretendió con esta institución reunir un abigarrado número de actuaciones que, según la experiencia forense de los siglos anteriores, resultaban útiles o necesarias para preparar la demanda, sin parar muchas mientes en la naturaleza jurídica o finalidad de dichas actuaciones.

Durante estos años de vigencia de la LEC 2000 se ha generado una abundante jurisprudencia que rechaza peticiones de diligencias preliminares argumentando que lo realmente pretendido por el solicitante era canalizar auténticas peticiones de obtención, aseguramiento o anticipación de

20 . Es el caso del número 1º del art.265.1 LEC en lo referido a la capacidad y la representación, o el número 6º del mismo artículo y apartado, relativo a la determinación de los integrantes del grupo por parte de quien pretenda iniciar un proceso en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios para concretar los integrantes de aquel grupo cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables.

21 . Por dicho motivo, no puedo convenir con MONTERO AROCA cuando afirma taxativamente que mediante las diligencias de prueba no se trata de obtener la exhibición de un medio de prueba en manos del otro litigante. Cfr. *La prueba en el proceso civil*, 5ª edición, editorial Civitas, Madrid 2008, p.314, nota a pie 24. Sostiene la opinión contraria, por ejemplo, MORENO NAVARRETE, M.A., *La prueba documental estudio histórico-jurídico y dogmático*, editorial Marcial 2001, pp.336 a 339.

22 . Como ha dicho alguna jurisprudencia, junto con la finalidad preparatoria de las diligencias preliminares, algunas de ellas también tienen una utilidad probatoria reconocida en las reformas legislativas más recientes. Cfr. AAP Madrid (sección 28º), Auto núm. 47/2012, de 16 de marzo, AC 2012/773. Sobre esta cuestión, véase LLORENTE CABRELLES, L.R., *Las diligencias preliminares en el proceso civil*, Valencia 2014, tesis doctoral dirigida por Bellido Penades, R., pp.33 y ss. Accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/39529/Tesis%20Diligencias%20junio%202014%20-v5%20%2814%20puntos%29%20Tama%C3%B1o%20A4.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

prueba, finalidades, todas ellas, que resultarían extrañas a una institución cuya exclusiva finalidad consistiría en proporcionar a un futuro y eventual demandante el conocimiento de ciertos datos sin los cuáles no podría formular un escrito de demanda en las debidas condiciones²³. La propia ley y la jurisprudencia, como se ha dicho, suelen referirse genéricamente a la *preparación* del juicio o de la demanda como finalidad propia de las diligencias.

Si bien se miran las cosas, sin embargo, proporcionar el conocimiento de datos necesarios para preparar la demanda, cuando dichos datos se refieran a los hechos que sustentarán una futura demanda, no es precisamente una actividad lejana a la prueba, porque dicho conocimiento se adquiere mediante el acceso a documentos, objetos o declaraciones que constituyen fuente de prueba de aquellos hechos. Quien, por ejemplo, solicita la exhibición de la historia clínica en poder de un centro sanitario o de un médico (art. 256.1. 5bis LEC), pretende tomar conocimiento de datos que le resultan necesarios para determinar la legitimación pasiva y para esclarecer otros extremos de la demanda que se plantea interponer, tales como las observaciones de los médicos actuantes, los tratamientos prescritos, los fármacos indicados etc. Es decir, permitiéndole acceder a la historia clínica, también se da al demandado acceso a un elemento de prueba que resultará decisivo para acreditar la responsabilidad del médico o centro sanitario.

Ciertamente, quien solicitó la exhibición de la historia clínica no queda eximido de aportar una copia con la demanda o -en el caso de que el centro o el profesional no le proporcionen voluntariamente dicha copia- de designar el lugar en que se encuentra el documento, pidiendo asimismo al tribunal que requiera su aportación a quien corresponda. Aunque esto último resultará completamente innecesario si, como permite el art.259.2 LEC, el solicitante de la diligencia pide en el acto de la exhibición la extracción de copias electrónicas de los documentos con los medios que él mismo aporte. Es innegable, en cualquier caso, que el objetivo del solicitante no es otro que conocer los datos relativos a los hechos que le interesan para fundamentar su demanda y acceder a las fuentes de prueba sobre los mismos (la copia de los documentos exhibidos), por mucho que la aportación de dichas fuentes de prueba deba realizarse o solicitarse posteriormente en el momento procesal oportuno. En definitiva, por las

23 . En el trabajo antes citado de LLORENTE CABRELLES se da cuenta de múltiples resoluciones en este sentido. Op.cit.pp.33 y ss.

razones expuestas, desvincular las diligencias preliminares de la finalidad de acceder a las fuentes de prueba me parece una conclusión un tanto formalista y alejada de la realidad.

Es más, tengo para mí que cuando los tribunales deniegan peticiones de diligencias preliminares argumentando que éstas no pueden servir a la finalidad de obtener prueba -cosa que, como se ha visto, sucede con muchísima frecuencia-, la verdadera razón que, en la mayor parte de los casos y de modo principal, les lleva a declinar dicha petición es más bien la falta de tipicidad, en el sentido de falta de previsión o encaje de la concreta medida solicitada en el catálogo o lista cerrada²⁴ del art. 256.1 LEC, aunque ciertas AAPP admiten una interpretación flexible²⁵. Veámoslo mediante unos pocos, aunque representativos, ejemplos recientes.

Así, por ejemplo, en el AAP Barcelona (Sección 1ª) 199/2017, de 15 junio (AC\2017\1184), se declaró la improcedencia de una diligencia preliminar de exhibición de historia clínica, del apartado 5º bis del art. 256.1 LEC. El tribunal argumenta su decisión que el recurrente había intentado obtener un aseguramiento o acceso a fuentes de prueba abusando del cauce de las diligencias preliminares, pues éstas como finalidad *proporcionar al solicitante información sobre los facultativos intervinientes, el estado del paciente, o la praxis médica y asistencial observadas, etc. con el fin de preparar un juicio en que dichos extremos puedan ser relevantes, pero en el caso de autos lo que pretende la apelante es, a través de las diligencias que interesa, obtener una prueba completa del maltrato que alega que su hermana infligió a su madre, lo que nada tiene que ver con esa finalidad (...)*. En dicho supuesto la diligencia se planteaba con carácter previo al ejercicio de la acción de nulidad del testamento otorgado por la madre²⁶.

24 . En este sentido, el tan citado ATS de 11 de noviembre de 2002 (ATS 3037/2002) aclara que se trata de un sistema de *numerus clausus*.

25 . Es el caso, por poner un ejemplo reciente, de la AAP Alicante (Sección 5ª), Auto núm. 112/2015 de 9 septiembre (JUR\2015\273680) donde se solicitaba la atípica diligencia preliminar de exhibición de la vivienda del demandado a fin de constatar el origen de las humedades que han surgido en la que es propiedad del actor, colindante con aquella. La sentencia contiene cita de otras resoluciones de AAPP que realizan interpretaciones flexibles del catálogo de medidas del art.256 LEC.

26 . El tribunal cita el AAP Valencia, de 27 de enero de 2006, que advirtió, en un supuesto en el que se interesaba una historia clínica para impugnar un testamento que *atendiendo a ello, su análisis evidencia que lo que se intenta obtener es una prueba suficiente que apoye fácticamente los argumentos de los solicitantes de impugnar dicha disposición "mortis causa", garantizando el éxito de su pretensión, finalidad también excluida del ámbito de las diligencias preliminares ya que aquellas lo único que pueden perseguir es obtener una información para facilitar el desarrollo de un juicio posterior, (auto de 6-6-2001 AP Cádiz), no la obtención de pruebas que es*

Y concluye que lo pretendido por la demandante era *obtener las pruebas que le aseguren el éxito de la acción que pretende entablar, para lo cual ha intentado convertir este procedimiento en algo parecido a una instrucción sumarial, formulando solicitudes a la vista del resultado de la documentación que se ha ido aportando en virtud de los requerimientos efectuados*. Como se ve pues, se solapan y confunden la argumentación con base en la falta de tipicidad de la medida y la argumentación con fundamento en que las diligencias preliminares no tienen como finalidad la obtención de prueba.

Del mismo modo, el AAP Jaén 145/2017 (Sección 1ª), de 19 abril (JUR\2017\168435) se ocupaba de una diligencia de exhibición dirigida a los hermanos de los actores para que exhibiesen la documentación que obrase en su poder relativa a la contabilidad y gestión de los bienes y cuentas bancarias de su difunto padre, a fin de iniciar un procedimiento de división judicial de la herencia dejada por aquél, así como que de que informasen si los mismos estaban autorizados en las cuentas del finado. El tribunal rechazó la diligencia argumentando que (...) *la finalidad de las diligencias preliminares no es (...) preconfigurar determinadas probanzas con carácter previo a la iniciación del proceso, esto es la práctica de prueba anticipada y sin las garantías que a éste acompañan, sobre todo la posibilidad de contradicción, cuando precisamente dichas pruebas encuentran perfecto acomodo en el procedimiento que corresponda a través de los cauces de los preceptos antes citados*. Previamente, sin embargo, después de recordar el carácter de *numerus clausus* de las diligencias preliminares, el tribunal había dejado ya sentado que la diligencia en cuestión no encajaba en el número 2º del art.265.1 LEC, relativo a actos de última voluntad del causante de la herencia o legado.

De gran interés resulta también, en este sentido, el AAP Madrid (Sección 18ª), núm. 146/2017 de 3 mayo (JUR\2017\161972). Como se cuenta en los fundamentos de Derecho de la resolución, la petición de diligencias preliminares se basaba en que la solicitante ostentaba la condición de agente comercial de la mercantil demandada (Iberia) y, en tal condición, había proporcionado como cliente de la misma a la mercantil NSPA para que aquella fuese contratada para realizar el mantenimiento de unas aeronaves propiedad o gestionadas por NSPA. Sin embargo, por parte Iberia no se le habrían comunicado las facturaciones que se habían realizado a dicha mercantil, lo que le imposibilitaba calcular y percibir las

una actividad procesal que ha de efectuarse dentro del juicio.

comisiones debidas de acuerdo con el contrato o de agencia suscrito entre las partes, de modo que dicho agente comercial se habría visto obligado a reclamar dicha documentación mediante la correspondiente diligencia preliminar. La AP nuevamente recrimina al solicitante el intento de camuflar una diligencia de obtención de prueba bajo la veste formal de una diligencia preliminar, pues, según el tribunal, la exhibición de aquellos documentos habría de haber sido instada una vez interpuesta la demanda, mediante el cauce de la exhibición documental de los art.328 y ss. LEC o, previamente, mediante el anticipamiento o aseguramiento de prueba²⁷. Al mismo tiempo, sin embargo, el tribunal afirma la imposibilidad de reconducir las diligencias solicitadas a alguno de los supuestos tasados en el art.256.1 LEC y, más en concreto, a la diligencia de exhibición de cosa del número 2º del referido artículo y apartado.

VI. ¿OSTENTAN LOS JUSTICIABLES EN EL PROCESO CIVIL UN DERECHO CON ANCLAJE CONSTITUCIONAL A DISPONER DE MEDIOS PARA AVERIGUAR HECHOS Y ACCEDER A LAS FUENTES DE PRUEBA?

Así expuesta la problemática, la primera cuestión a la que debe darse respuesta en las líneas que siguen es si existe propiamente un derecho con fundamento constitucional a que el ordenamiento ponga a disposición de los justiciables mecanismos de averiguación o descubrimiento de hechos con el objeto de que éstos puedan instar la tutela de sus derechos ante los tribunales.

27 . En el FJ 2º C se explica ampliamente esta idea: *Desde luego es una cuestión que excede ampliamente el contenido las diligencias preliminares, y desde luego la exhibición de los contratos y las facturas que se pretenden, no puede cobijarse dentro de la medida preliminar que se solicita, sino que propiamente supone la práctica de una prueba anticipada. En este sentido no puede menos que hacerse constar que precisamente en las disposiciones comunes a la prueba por documentos se establece el deber de exhibición documental entre las partes con tenido en el artículo 328, y por supuesto la prueba de libros de los comerciantes contenido en el art. 327 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como por otra parte el contrato de agencia que sería el que supuestamente, facultaría la parte para solicitar las comisiones correspondientes por las gestiones o por la consecución de un cliente de cierta importancia para la entidad requerida, está en poder de la parte demandante, desde luego no se alcanza las razones por las cuales no puede presentar la demanda, y sin perjuicio de que la cantidad que podría reclamar pudiera quedar una cierta nebulosa, sin embargo sí puede acudir perfectamente a los supuestos del artículo 328, pudiendo formular la demanda y solicitar dentro del curso del procedimiento o la exhibición documental de los contratos que tuviere la requerida con esa u otras entidades y de las facturas que se le hubiesen generado, y calcular las comisiones que podrían hacerse mediante una simple fórmula aritmética.*

Al contrario de lo que sucede con la prueba, respecto de la que sí cabe afirmar un verdadero *derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa* reconocido en el art.24.2 CE, no cabe decir lo mismo de un hipotético derecho a la averiguación o descubrimiento de los hechos sustentadores de la pretensión.

La ausencia de medios para la averiguación de hechos impediría al actor levantar su carga alegatoria, ya que no estaría en condiciones de determinar la persona concreta frente a la que dirigir su demanda, o no podría determinar exactamente qué pedir frente a ella. O simplemente, no sería capaz de sustanciar o concretar los hechos en que funda su pretensión. Los medios de obtención de la prueba, en cambio, no le resultarían necesarios para concretar dichos extremos, sino para acreditarlos o convencer al juez de su certeza.

Como he dicho más arriba, sin embargo, creo que la averiguación de hechos y la obtención de prueba deben recibir un tratamiento unitario al resultar dos actividades solo disociables en el plano intelectual o conceptual. Con otras palabras: averiguar hechos desconocidos entraña necesariamente acceder a las fuentes de prueba para acreditarlos. Averiguar la existencia de una operación financiera o de una transacción comercial sólo puede lograrse a través de los oportunos documentos donde se plasma su realización o de las declaraciones de alguien que sabe de su existencia, de modo que dicha averiguación implica también el acceso a las fuentes de prueba, en este caso de carácter documental. Y ello significa, a su vez, que la averiguación de hechos merece la misma protección y cobertura que el derecho al acceso a las fuentes de prueba.

Salvo desconocimiento mío, no existen pronunciamientos jurisprudenciales en los que de un modo expreso se vincule el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes con un deber del legislador o de los tribunales de poner a disposición de los litigantes mecanismos para compeler al adversario procesal o a terceros no litigantes a producir fuentes de prueba o revelar información en su poder con el objeto de fundamentar sus pretensiones. Lo único que, en tal sentido, ha aclarado el Tribunal Constitucional es que la negativa injustificada a facilitar fuentes de prueba por parte del litigante en cuyo poder obraban no puede redundar en perjuicio del litigante que reclamaba la aportación de dichas fuentes probatorias, de modo que la incerteza ocasionada por la ausencia de prueba ha de perjudicar a quien de modo injustificado declina su aportación. Lo

que, si no equivale, al menos se parece enormemente la inversión de la carga de prueba.

En efecto, según el Tribunal Constitucional, como el litigante refractario a colaborar en la producción de la prueba frustra con su conducta el levantamiento de la carga probatoria del otro litigante y éste queda en una situación de completa imposibilidad para hacer prosperar su pretensión, procedería desplazar al litigante obstruccionista los perjuicios derivados del no esclarecimiento de los hechos, es decir, invertir la carga de la prueba²⁸.

Por mi parte, coincido con Pereira Puigverd²⁹ en considerar que el derecho constitucionalmente reconocido en el art.24.2 CE a la utilización de los medios de prueba pertinentes incluye también el deber del legislador de adoptar las medidas razonablemente necesarias para permitir el acceso a las fuentes de prueba, lo que implica establecer deberes de exhibición

28 . En la STC 7/1994, de 17 de enero, se señala que (...) *en el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE [STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º, 14/1992, fundamento jurídico 2.º, y 26/1993 (RTC 1993) 26], fundamentado jurídico 4.º], colocándola en una situación de indefensión. Y acaba concluyendo que: (...) afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y -legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa- fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial, que se ampara en la aplicación de reglas formales (las que distribuyen la carga de la prueba ex art. 1214 CC), que en un contexto como el presente devienen formalistas provocando la infracción de las obligaciones que al juzgador impone el mencionado art. 24 CE. En el mismo sentido, la STC 227/1991, de 28 de noviembre: A la hora de sustentar su pretensión, la demandante se dirigió al propio INSS para que éste certificase la existencia de cotización y alta, y cabe decir que la recurrente en amparo no tenía razonablemente otra vía para acreditar que el causante reunía el período de cotización legalmente exigido, puesto que a los trabajadores por cuenta ajena no se les facilita copia de los boletines de cotización, como el propio INSS ha reconocido en este proceso constitucional. Por lo que no puede exigirse de aquélla un comportamiento imposible y eximir de acreditar la existencia o no de cotización a quien tiene en su mano hacerlo. No cabe, pues, imputar a la actora falta de diligencia en la defensa de su derecho. Antes bien, es el comportamiento exhibido por el INSS el que merece reproche (...).*

29 . PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Zizur Txikia 2013, pp.32 y ss.

respecto del adversario procesal y de terceros y, en el caso de negativa injustificada a la exhibición, de suministrar los medios coactivos adecuados para forzar la exhibición. Esto último no impide que, como alternativa al uso de los mismos, se opte por invertir la carga de la prueba en contra del litigante que se niega a cooperar, tal como establece la jurisprudencia del TC, que resulta una solución mucho más efectiva y razonable. O, incluso, tener por fijados los hechos que se pretenden probar afectados por aquella negativa injustificada, u otras consecuencias que arrojen sobre la parte que muestra una actitud poco cooperativa los perjuicios derivados de la falta de esclarecimiento. De hecho, esta es la solución prevista para los casos de exhibición documental del art.329.1 LEC y del art.261. 1º y 4º LEC, en sede de diligencias preliminares.

Esta solución, sin embargo, podría no ser la adecuada para reaccionar frente a ciertos casos de negativa injustificada. No lo es, obviamente, cuando la petición de exhibición se formula frente a terceros. Y tal vez tampoco lo sea en algunos casos en los que la exhibición se reclama del propio adversario procesal, actual o potencial. En los números 2º (exhibición de títulos y documentos), 3º (exhibición de cosa) y 5º (exhibición de datos sobre integrantes del grupo o documentos para acreditar los hechos o los autores de la infracción en materia de propiedad intelectual o industrial) del art.261 LEC, la ley prevé la posibilidad de adoptar las medidas de intervención necesarias, incluida la entrada y registro, para acceder físicamente al objeto de la exhibición, sin acudir al expediente de dar por ciertos los hechos o invertir la carga de la prueba respecto de las afirmaciones del solicitante respecto del contenido de los documentos, características del objeto etc.

Evidentemente, el derecho de los justiciables a acceder a los medios de prueba y el correlativo deber del legislador y de los tribunales de incorporar los resortes procesales necesarios para reaccionar frente a la negativa injustificada a exhibir o colaborar, ha de condicionarse a la concurrencia de ciertos requisitos, que a mi juicio deberían ser, como mínimo, los siguientes:

La acreditación *prima facie*, por parte del solicitante de la exhibición, de que la pretensión que ejercita o se propone ejercitar próximamente presenta visos razonables de prosperar, es decir, un *fumus boni iuris* referido al éxito de la pretensión procesal.

La acreditación de que los elementos de prueba cuya exhibición se solicitan están en poder del requerido. Cuando la exhibición se solicitase

frente a terceros, bastaría que una acreditación *prima facie*, pero tratándose de requerir al adversario procesal, creo que la prueba habría de ser mucho más concluyente. En este segundo caso, en efecto, el grado de acreditación no puede ser inferior al de la plena convicción del juzgador (que puede alcanzarse también mediante presunciones), ya que declarar el carácter injustificado de la negativa a exhibir equivale prácticamente a propiciar la derrota procesal del adversario, en virtud de la correspondiente inversión de la carga de la prueba o de la fijación de los hechos tal como aparecen en la versión o copia del documento aportada por el solicitante de la exhibición o, en todo caso, según las afirmaciones de dicho solicitante.

La solicitud debe someterse, asimismo, a un juicio de proporcionalidad, que supone ponderar el valor y utilidad del aseguramiento pretendido en relación con la afectación que la diligencia de exhibición puede producir respecto de los derechos de la persona requerida o de terceros, así como respecto del coste económico que puede suponer atender al requerimiento o compeler a su cumplimiento.

VII. LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO CIVIL NORTEAMERICANO: LA FORMACIÓN SUCESIVA DE LA PRETENSIÓN Y LA FASE DE *DISCOVERY*.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: FASE DE ALEGACIONES FLEXIBLE Y FORMACIÓN SUCESIVA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL COMO PRESUPUESTOS DE LA ACTIVIDAD DE INVESTIGACIÓN EN LA FASE DE *DISCOVERY*.

No se pueden analizar los aspectos esenciales de la actividad de investigación en el proceso civil federal de los EEUU, que tiene lugar en la así llamada fase de *discovery*, sin hacer previamente referencia a la fase de alegaciones o al modo en que se concreta la pretensión en dicho sistema procesal. Abrir la posibilidad de investigar entraña descubrir o hallar nuevos hechos, lo que implica que el objeto procesal no puede quedar fijado -al menos tendencialmente y en línea de principio- en momentos preclusivos

rígidos.

En efecto, tanto el español como el resto de los ordenamientos procesales del continente europeo tienden a exigir de los litigantes una determinación inicial lo más precisa posible de sus pretensiones, tanto desde el punto de vista fáctico como desde el jurídico. Aunque suelen prever mecanismos de flexibilización, acostumbran a imponer al actor la carga de introducir en su escrito inicial de demanda los hechos esenciales para identificar la pretensión, carga cuya ausencia de levantamiento suele acarrear la pérdida o preclusión de la oportunidad para alegar posteriormente tales hechos. La misma carga rige asimismo para el demandado por lo que se refiere a los hechos que fundan las excepciones o, en general, las defensas que pretende oponer a la demanda. En contraste con este modo de proceder, los impulsores de las *Federal Rules of Civil Procedure* (en adelante FRCP) pretendieron imprimir una filosofía bien diversa en el proceso civil federal, configurando la carga alegatoria inicial de los litigantes (concretada en sus escritos de alegaciones o *pleadings*³⁰) en términos poco menos que minimalistas y permitiéndoles completar o integrar la base fáctica de sus pretensiones a lo largo del proceso. Seguidamente comprobaremos hasta qué punto se han hecho realidad estos designios del legislador federal³¹.

La Regla 8 FRCP señala en la actualidad que el escrito de demanda debe contener una breve y sencilla exposición (*short and plain statement*) de la pretensión mostrando que el actor tiene derecho a la tutela solicitada³². La admisión de la demanda, pues, no precisaría una concreción de los hechos identificando una concreta acción, sino una afirmación de los hechos que resultan esenciales para poner al adversario al corriente de las pretensiones. La pretensión se iría completando o integrando de manera sucesiva a lo largo de los diferentes estadios procesales.

El carácter flexible, centrado en lo esencial, que se exige a las

30 . Los *pleadings* son fundamentalmente la demanda (*complaint*) y la contestación a la demanda (*reply*).

31 . Una magnífica exposición sobre los problemas que suscita el régimen de los *pleadings* en las FRCP y su evolución jurisprudencial puede encontrarse, en lengua castellana, en DALLA BONTÀ, Silvana, cfr. *Todavía sobre la especificidad del acto introductorio del proceso civil en la cultura jurídica estadounidense*, Revista General de Derecho Procesal 28 (2012).

32 . Regla 8. *General Rules of Pleading. (a) Claim for Relief. A pleading that states a claim for relief must contain: (...) (2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief; and (3) a demand for the relief sought, which may include relief in the alternative or different types of relief.*

alegaciones, singularmente a las formuladas en la demanda, presenta una estrecha relación con la mayor y más original innovación de las FRCP: la institución del *discovery*. Como veremos más adelante, se trata de una fase procesal no sólo orientada a permitir a las partes conocer los medios de prueba de que dispone el adversario y a obtener de éste o de terceros los que precisen para hacer prosperar su pretensión, sino también a completar la base fáctica de ésta. Lo que significa que las partes pueden incorporar hechos relevantes y decisivos para fundar sus pretensiones con posterioridad a la formulación de sus alegaciones iniciales en la demanda (*complaint*) o en la contestación (*reply*). De ahí que se haya afirmado que las dos características más definitorias del proceso civil de las FRCP son una fase de alegaciones laxa y una fase de *discovery* amplia (*lax pleading and broad discovery*)³³. Es al concluir dicha fase de *discovery* cuando el juez debe citar a las partes a una comparecencia final previa al juicio (*Final Pretrial Conference*), prevista en la Regla 16 (e) FRCP y dirigida a planificar el desarrollo de dicha fase procesal. Al concluir esta audiencia, se dicta una resolución (*Final Pretrial Conference Order*), en la que, fundamentalmente, deben concretarse con detalle las alegaciones de las partes y los medios de prueba de los que aquellas pretenden hacerse valer.

2. HACIA UNA FASE DE ALEGACIONES RÍGIDA *MORE EUROPEO*: LA INVOLUCIÓN DEL SISTEMA FLEXIBLE DE ALEGACIONES POR OBRA DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE.

Pese al inequívoco objetivo inicialmente perseguido por los redactores de las FRCP, su Regla 8, ha sido en los últimos años objeto de una profunda reinterpretación por parte de la Corte Suprema, precisamente en el sentido contrario a su espíritu inicial, es decir, en el sentido de configurar una fase de alegaciones más rígida o formalizada. De hecho, algunas leyes sectoriales ya habían impuesto un mayor rigor formal a los escritos iniciales de alegaciones³⁴.

33 . Cfr. MARCUS, R., *Bomb Throwing, Democratic Theory, and Basic Values - a New Path to Procedural Harmonization?* Northwestern University Law Review (107 Nw. U.L. Rev. 475), 2013, p.480.

34 . Es el caso de la legislación relativa a los litigios relativa a la negociación de títulos valores *Private Securities Litigation Act* de 1995 (15 U.S.C. 78u-4(b)).

El asunto *Dioguardi v Durning*³⁵, redactada en 1944 por el mismo Juez Charles Clark, principal impulsor de las FRCP, es un magnífico exponente del espíritu que animó originariamente la Regla 8 FRCP. En el supuesto de hecho, un emigrante italiano dirigió una reclamación de daños contra un inspector de aduanas de Nueva York que había ordenado el secuestro de un cargamento de bebidas del que era consignatario y las hizo vender posteriormente en subasta pública impidiendo injustamente que fuesen adquiridas por el Sr. Dioguardi, quien se encargó personalmente, prescindiendo de los servicios de un letrado, de redactar la demanda en un imperfecto inglés cargado de imprecisiones. El tribunal de instancia archivó el asunto por considerar insuficientes las alegaciones del actor para identificar precisamente la acción (*cause of action*) ejercitada, a lo que la Corte de Apelación replicó que bajo el régimen de las FRCP no existía disposición alguna que impusiese dicha carga. Por torpemente (*inartistically*) que el actor se expresase, resultaba suficientemente claro que pretendía demandar al inspector por haberse deshecho injustamente de su mercancía y haberle causado así un quebranto económico. Con tan compendiosa afirmación, quedaba sobradamente superado el listón de concreción exigido por la Regla 8 FRCP.

Algunos años después del caso *Dioguardi v Durning* ahora referido, fue la propia Corte Suprema quien tuvo ocasión de refrendar dicha doctrina. Se trata del asunto *Conley v. Gibons*³⁶, en el que unos trabajadores negros demandaban a sus representantes sindicales por haberlos discriminado al no haber defendido sus intereses laborales como sí habían hecho con otros trabajadores blancos. La demanda fue archivada por considerar el tribunal de instancia que no se identificaban con suficiente concreción los hechos en que se fundaba la pretendida conducta discriminatoria. La Corte Suprema consideró que la descripción del episodio discriminatorio realizada por los demandantes resultaba suficiente para cubrir los poco exigentes requerimientos de concreción impuestos por la Regla 8 FRCP y que los hechos adicionales que fuese preciso introducir para hacer prosperar la acción podían ser averiguados tras la correspondiente fase de *discovery* y alegados posteriormente.

A partir de 2007, con la sentencia recaída en el asunto *Bell Atlantic*

35 . 139 F.2d 774, 1944 U.S. App. 4124.

36 . 335 U.S. 41 (1957).

*Corporation v. Twombly*³⁷, sin embargo, la Corte Suprema parece iniciar un auténtico giro en su doctrina. El supuesto de hecho del caso es muy complejo, pero en síntesis se trata de una *class action* o acción colectiva, fundada en la ley federal antitrust y dirigida contra una serie de empresas de telefonía a las que se recriminaba haber concluido acuerdos para evitar la competencia entre ellas impidiendo así la reducción de precios bloqueando la entrada de nuevos actores en el mercado. Para que prospere una acción de este tipo no sólo se requiere constatar el mantenimiento inalterado de los precios, sino también acreditar que dicho mantenimiento es debido al acuerdo o conspiración entre los demandados. Los actores no podían identificar los concretos pactos, reuniones etc. realizados por los demandados y se limitaban a afirmar su existencia. Según la Corte Suprema, para evitar el archivo era preciso llevar sus pretensiones más allá de la línea de lo concebible para situarlas en el terreno de lo plausible³⁸. Afirmación que ha causado general sorpresa por suponer un claro distanciamiento respecto de la línea jurisprudencial mantenida hasta el momento, introduciendo un elemento, el de la “plausibilidad”, completamente extraño a la dicción literal de la Regla 8 FRCP. Por otra parte, archivando la causa en un momento procesal tan temprano se impedía a los demandantes acudir a los enérgicos mecanismos que proporciona el *discovery* para tratar de averiguar los hechos en que habían de sustentarse sus pretensiones.

En el caso *Ashcroft v. Iqbal*, de 2009, la Corte Suprema resolvió de un modo muy semejante y con argumentos en parte similares³⁹. En este caso se trataba de un ciudadano pakistaní que demandaba a dos oficiales del FBI del más alto rango atribuyéndoles responsabilidad por los tratos discriminatoriamente sufridos en razón de su religión con ocasión de su detención, injusta privación de libertad y posterior sometimiento a graves vejaciones, malos tratos y torturas con ocasión de las investigaciones desencadenadas a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001. Como en el asunto *Twombly* ahora expuesto, una dividida Corte Suprema (5 jueces a favor y 4 en contra) resolvió que la causa se había archivado correctamente por parte del juez de distrito. Los actores se habrían limitado a fundamentar su demanda citando de modo formulario los elementos constitutivos de la acción de responsabilidad contemplados por la ley

37 . 550 U.S. 544 (2007).

38 . *Because the plaintiffs hier have not nudged their claims across the line from conceivable to plausible, their complaint must be dismissed.*

39 . 556 U. S. ____ (2009)

(que los demandados aprobaban y acordaron voluntaria y maliciosamente la conducta de quienes maltrataron y privaron de libertad al demandante etc.). De este modo, no habrían hecho otra cosa que exteriorizar meras conclusiones legales que, como tales, a diferencia de las afirmaciones sobre hechos, no serían susceptibles de ser tenidas por ciertas, al no poder sostener los elementos del supuesto de hecho que la ley exige para tener a los demandados como incurso en responsabilidad, de tal modo que procedería acceder a la petición de los demandados instando el archivo del caso por no haber sido capaz el actor de afirmar hechos que, según la ley, merezcan la tutela invocada (Regla 12 (b) (6) y 12 (c) FRCP⁴⁰).

Nuevamente, no se alcanza a entender con claridad la razón que mueve a la Corte Suprema a impedir a los actores el acceso al *discovery* para esclarecer suficientemente los hechos. O expresado de otro modo: ¿cómo podría el actor, si no es a través del *discovery*, interrogar a testigos, obtener documentos etc. que le permitiesen acreditar la implicación de los demandados en los hechos por los que les exige responsabilidad? Es posible que uno de los motivos que de modo latente movieron al tribunal a decidir de este modo fuese el propósito de evitar que las autoridades federales fuesen injustamente acosadas o vejadas mediante las múltiples posibilidades de abuso a que puede dar lugar el *discovery*. En todo caso, sin el *discovery* no hay modo de corregir la asimetría informativa en que se encuentran los litigantes corrientes frente a las grandes corporaciones privadas o poderes públicos⁴¹, dotados de medios y oportunidades para mantener sus actuaciones tras una cortina completamente opaca para quienes pretenden hacer valer sus derechos contra ellas en un proceso civil.

A juicio de muchos, los pronunciamientos en *Twombly* y *Iqbal* son, en cualquier caso, desconcertantes si se miran las cosas a la luz de la jurisprudencia precedente y de lo que parecía ser el espíritu inicial de las FRCP⁴². Tal vez una de las razones que pueden explicar el cambio de

40 . *A court considering a motion to dismiss may begin by identifying allegations that, because they are mere conclusions, are not entitled to the assumption of truth.*

41 . Véase al respecto DALLA BONTÀ, cfr. *Todavía sobre la especificidad del acto introductorio del proceso civil en la cultura jurídica estadounidense...cit.*, con cita de autores norteamericanos y de la doctrina italiana a este respecto.

42 . Véase, por ejemplo, SPENCER, *Plausibility Pleading*, 49 B.C.L. Rev.431, 431 (2008); o DODSON, *Pleading Standards After Bell Atlantic Corporation v. Twombly*, 93 Va. L. Rev. In Brief 135 (2007). No faltan tampoco autores que se muestran de acuerdo con la nueva dirección jurisprudencial. Es el caso, por ejemplo, de REDISH, que opina que la Corte Suprema ha ha-

orientación sea que la mayor parte de los jueces de la Corte Suprema sienten un cierto aunque inconfesado recelo o desfavor respecto de los grandes procesos colectivos y las causas incoadas para pedir responsabilidad por hechos discriminatorios⁴³.

Se ha sugerido que la evolución jurisprudencial ahora descrita representa una aproximación o convergencia con los ordenamientos procesales de la Europa continental (e incluso de la madre patria británica) que, como dijimos, exigen a los escritos alegatorios iniciales mayor detalle y rigor en la concreción de las pretensiones⁴⁴.

3. LA FASE DE *DISCOVERY* COMO MÁXIMA EXPRESIÓN DEL “EXCEPCIONALISMO” PROCESAL NORTEAMERICANO.

llado finalmente el equilibrio entre los intereses contrapuestos del actor para hacer prosperar pretensiones que precisan un cierto grado de investigación para aquilatar los hechos, y del demandado, a no sufrir una invasiva investigación en la fase de *discovery* si no se cumple el requisito de una cierta plausibilidad en las alegaciones del actor. Cfr. *Pleadings, Discovery and the Federal Rules: Exploring the Foundations of Modern Civil Procedure*, 64 Fla.L.Rev. 845 (2012), pp.850 y 856. B. BURBANK y Stephen N SUBRIN han llegado a calificar ambas sentencias como “ataque a la democracia” en cuatro sentidos: por conculcar el derecho de los ciudadanos a que un jurado conozca de sus causas; por impedir a los ciudadanos utilizar el proceso civil como instrumento de transformación social mediante la efectividad de los derechos civiles; porque deroga de hecho y sin la intervención del Congreso el sistema de *notice pleading* de las FRCP sustituyéndolo por un modelo rígido; y porque elimina del mismo modo la literalidad de la Regla 9 (b) FRCP que dispone que la “intencionalidad” o el “dolo”, como elementos constitutivos de la acción deben alegarse de modo general, es decir, sin necesidad de especificar los hechos en que se sustentan. Las acciones en materia de derecho antidiscriminatorio, por ejemplo, presuponen como elemento constitutivo la existencia de dolo o intencionalidad de deferir un trato injustificadamente inicuo. Es el actor quien debe probar, como mínimo *prima facie*, dicho elemento intencional. Con el rigor exigido a los *pleadings* en las sentencias que nos ocupan, muchas acciones de este tipo serán inadmitidas o archivadas desde el inicio, sin posibilidad de acceder a los mecanismos de investigación y averiguación del *discovery*. Cfr. *Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial*, 46 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 399 (Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review), 2011 pp. 5 y ss.

43 . En este sentido, DALLA BONTÀ, cfr. *Todavía sobre la especificidad del acto introductorio del proceso civil en la cultura jurídica estadounidense...*cit. El mismo Juez Stevens, en su voto particular en el caso *Bell Atlantic v. Twombly* no duda en afirmar que la Corte Suprema está saliendo en socorro de las grandes corporaciones demandadas en acciones antitrust para protegerlas de un engorroso *discovery*. *The transparent policy concern that drives the decisión is the interest in protecting antitrust defendants—who in this case are some of the wealthiest corporations in our economy—from the burdens of pretrial discovery*.

44 . Véase al respecto, DALLA BONTÀ, cfr. *Todavía sobre la especificidad del acto introductorio del proceso civil en la cultura jurídica estadounidense...*cit.

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES Y FINALIDADES DE LA FASE DE *DISCOVERY*.

Si existe un aspecto genuinamente distintivo y diferenciador del proceso norteamericano respecto de los ordenamientos procesales de la Europa continental, dicho aspecto es, sin duda, la institución del *discovery*, que representa la máxima expresión del así llamado “excepcionalismo norteamericano” (*american exceptionalism*) en su versión procesal. Hasta tal punto se trata de una institución en cierto modo repugnante a la mentalidad procesal de la Europa continental, que es precisamente la peculiaridad del proceso norteamericano que mayores motivos de fricción ha provocado desde tiempos remotos entre Europa y los EEUU.

Se trata de una fase del procedimiento cuya finalidad primordial es la obtención de las pruebas que las partes no pueden procurarse por sí mismas, así como de tomar conocimiento de hechos relevantes para hacer prosperar sus pretensiones y eventualmente de las pruebas que resulten precisas para acreditar estos hechos. Ciertamente, en los ordenamientos procesales europeos también se prevén mecanismos enderezados a obtener pruebas obrantes en poder del adversario procesal o de terceros. Como veremos, sin embargo, el *discovery* proporciona a los litigantes medios mucho más enérgicos y efectivos que los que acostumbran a ofrecerles los ordenamientos procesales europeos para conseguir dichos fines.

Y, sobre todo: el *discovery* permite a las partes desarrollar una verdadera labor de investigación, es decir, no sólo “reclamar” al adversario o al tercero medios de prueba concretos cuya existencia les consta, sino también de desarrollar una verdadera investigación en su esfera privada con el fin de comprobar si existen pruebas o hechos –de momento desconocidos– que puedan contribuir al éxito de su pretensión. Se trata, en definitiva, de una institución en cierto modo semejante a la fase de instrucción penal pero insertada en un proceso civil, y, a diferencia de lo que sucede en materia criminal, conducida fundamentalmente por las partes y sólo subsidiariamente por el juez.

Hay que advertir que la institución del *discovery* no es ciertamente una invención norteamericana, sino que forma parte del patrimonio jurídico que la madre patria británica legó a sus colonias de Norteamérica. Sin embargo, la extensión y amplitud con que las FRCP configuraron el *discovery* en 1938 es tal que la actual versión norteamericana de dicho instituto se asemeja

muy poco a su homólogo tradicional del *common law*⁴⁵. Se puede afirmar que estamos ante un producto jurídico completamente original y novedoso, casi revolucionario. Adjetivos que en absoluto prejuzgan o suponen tomar partido respecto de la conveniencia, bondad o acierto de una institución que con tanto entusiasmo y esperanzas alumbraron los redactores de las FRCP y que ha sido acogida con no menos fervor por parte de los ordenamientos procesales de los Estados de la Unión, que suelen limitarse a reproducir la normativa federal en sus códigos procesales con pocas o nulas variaciones⁴⁶.

Haydock y Herr asignan hasta doce finalidades diferentes al *discovery*⁴⁷, entre las que cabe destacar algunas de las ya mencionadas y otras concomitantes con ellas, como la integración o complementación de los escritos iniciales de alegaciones (que, en principio, como vimos solo exigen dar al adversario una sucinta noticia de la pretensión o de las defensas); la consecución de medios de prueba e información en posesión del otro litigante o terceros e incluso de las percepciones de cada parte sobre los hechos controvertidos; y la de reequilibrar las asimetrías o desigualdades de las partes en relación con los medios y posibilidades de investigar los hechos.

A decir verdad, no cabe sino mostrar asombro ante la audacia y

45 . Véase en este sentido, FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, quienes explican que en el *Common Law* el *discovery* tenía como finalidad requerir al actor para que especificase algunos aspectos o detalles de la demanda. Para obtener del adversario más información o medios de prueba era preciso ejercitar una acción autónoma que pertenecía a la *equity*, en virtud de la cual podía requerirse a aquél para que produjese pruebas de las que el requirente pretendía hacerse valer en el juicio, pero no para que la parte requerida revelase las pruebas que se disponía a utilizar en su propio su favor. cfr. *Civil Procedure*...cit. § 7.1, p.380.

46 . Cfr. FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, *Civil Procedure*...cit. § 7.1, p.380.

47 . HAYDOCK, Roger S./HERR, David F., *Discovery Practice*, 6ª edición, Wolters Kluwer, 2015, § 1.01, pp.1-3 y 1-4: (1) *Supplementation of pleadings (...)*; (2) *Early and thorough disclosure of reasonable information by all sides (...)*; (3) *Some equalization of the investigative resources of the parties, without allowing one side to take undue advantage of the other.* (4) *Limited exploration into the adversary's camp to discover its perceptions of the facts and case;* (5) *Documentation of testimony and preservation of documents. Discovery devices establish the knowledge or lack of knowledge of a witness or party and locate and identify electronic and tangible evidence for later use (...)*; (6) *Isolation of issues and determination of material and undisputed facts (...)*; (7) *Promotion of negotiated settlements (...)* (8) *Fostering of trial verdicts, judicial decisions, and arbitral awards based upon accurate presentations and informal arguments, not on surmise and surprise (...)*; (9) *Promotion of the use of predispute arbitration agreements and administrative hearings to save the excessive costs, fees, time, anxiety, and uncertainty of litigation (...)*; (10) *Provision of an economical method of resolving disputes (...)* (11) *Promotion of the use of ADR methods to resolve a dispute (...)*; (12) *Maintenance of reasonable perspective about its proper use (...)*.

espíritu innovador demostrados por los redactores de las FRCP de 1938 para introducir reformas de tan enorme calado, completamente originales y desconocidas en el resto del mundo, con independencia de la opinión que puedan merecer en cuanto a su acierto o conveniencia. Se trataba de romper con el proceso tradicional del *Common Law*, fuertemente dominado por la oralidad y que, precisamente por dicho motivo, dispensaba una ínfima protección frente a los giros inesperados en el curso del proceso y a las maniobras desplegadas por el adversario⁴⁸. Mediante el *discovery* las partes están obligadas a revelar prácticamente toda la información de que dispongan y pueda aprovechar al triunfo de la parte contraria y, con pocas limitaciones, a secundar las peticiones que la otra parte les dirija requiriéndole medios de prueba o información relevante.

Precisando aún más, no es sólo que cada parte deba proporcionar la información y los medios de prueba que su adversario le requiera para hacer triunfar su pretensión, sino que también debe poner en su conocimiento las pruebas que él, el litigante requerido, pretendía utilizar en su propio favor. En ocasiones, dicha información debe proporcionarse incluso sin necesidad de requerimiento. Y todo ello bajo la amenaza de severas sanciones, entre las que cabe destacar que las pruebas e información no reveladas o no comunicadas al adversario sean declaradas inadmisibles en el juicio, si la otra parte así lo solicita.

3.2. ALCANCE DE LA ACTIVIDAD INVESTIGATIVA QUE CABE DESARROLLAR MEDIANTE EL *DISCOVERY*.

Para comprender la trascendencia de la institución procesal que nos ocupa, las críticas que a menudo recibe y su rechazo desde la cultura jurídica europea, es preciso dar brevemente cuenta de la amplitud y extensión que pueden alcanzar las actuaciones que la integran.

Para empezar, los deberes de proporcionar información o pruebas en el marco del *discovery* afectan tanto a las partes como a terceros, quienes, al igual que las partes, pueden ser requeridos (*to subpoena*) a testificar bajo juramento y a producir documentos bajo pena de incurrir en un delito de desobediencia (*contempt of the court*).

48 . Cfr. SUBRIN/MINOW/BRODIN/MAIN y LAHAV, *Civil Procedure, Doctrine, Practice and Context*...cit. pp.377 y ss.

En Europa, los deberes de suministrar al litigante contrario elementos probatorios o información se circunscriben, al menos hasta donde alcanza mi conocimiento, a la prueba documental (y, por cierto, no pocas veces con restricciones y obstáculos), mientras que en los EEUU, mediante el *discovery* cabría, por ejemplo, requerir al adversario a facilitar el nombre y los datos para identificar a personas que podrían testificar contra o a favor de la parte requirente, y todo ello, caso de no secundar el requerimiento, bajo la amenaza de incurrir en las contundentes sanciones y consecuencias que más tarde habrá ocasión de comentar.

Por otra parte, el *discovery* no se limita a los hechos relevantes para resolver las cuestiones controvertidas en el proceso, sino que puede utilizarse también en relación con hechos diferentes de aquellos en los que se funda la acción ejercitada por el actor o las excepciones opuestas por el demandado pero que puedan conducir a averiguar u obtener prueba sobre los hechos propiamente relevantes. En efecto, la Regla 26 (b) (1) FRCP dispone inicialmente que las partes pueden acudir al *discovery* para obtener información y prueba respecto de cualquier materia sobre la que no exista alguna exención de aportar prueba y que sea relevante en relación con la pretensión ejercitada o las excepciones planteadas (*any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense*). Pero posteriormente añade que, si existe causa justificada (*for good cause*), el juez puede extender el requerimiento de colaboración a cualquier materia relevante que presente relación con el proceso (*the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action*). La exigencia de autorización judicial en este segundo supuesto fue introducida mediante una reforma de 2000 con el objetivo de atajar peticiones excesivas, a veces formuladas con el exclusivo y fraudulento ánimo de hacerse con información sobre la que el adversario tenía derecho a mantener reserva (las así llamadas *fishing expeditions*). Al parecer, la práctica judicial apenas se ha visto alterada por esta reforma y los jueces norteamericanos continúan siendo reacios a declinar peticiones de información sobre hechos que guarden alguna relación con la materia sobre la que versa el proceso⁴⁹.

Por otra parte, según dispone la misma la Regla 26 (b) (1) FRCP, no es preciso que la información que se pretende obtener mediante el *discovery* resulte admisible como prueba en el juicio, sino que basta con que resulte razonablemente adecuada para obtener otras pruebas que sí lo sean (*relevant*

49 . En este sentido, FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, cfr. *Civil Procedure...*cit. § 7.1, pp.383 y 384.

information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence)⁵⁰.

Pero no es sólo que las partes estén obligadas a proporcionar información o elementos probatorios cuando son requeridas a tal efecto, sino que, como ya quedó apuntado, en ciertos casos dicha comunicación constituye un auténtico deber aunque no medie requerimiento previo. Se trata, en concreto, de los supuestos previstos en la Regla 26 (a) FRCP (*duty to disclosure*, a veces también denominado *mandatory discovery*), que fueron drásticamente reducidos en una reforma de 2002 pero que, en una modesta medida, aún subsisten. Por citar sólo los supuestos más importantes, el precepto impone el deber de comunicar espontáneamente a la otra parte el nombre y, si es conocida, la dirección y el teléfono de las personas que puedan proporcionar información relevante sobre el caso, y una copia de todos los documentos e información almacenada en soportes digitales u otros objetos tangibles que sean relevantes para clarificar los hechos controvertidos. Y el número (2) de la Regla 26 (a) FRCP, por su parte, dispone que cada litigante debe revelar a la otra el nombre de los peritos de los que pretende hacerse valer en el juicio, que, en algunos supuestos habrán de acompañar un informe que recoja sus conclusiones y que contenga ciertos datos.

Los ahora referidos son sólo los así llamados *initial disclosures*, es decir, los deberes de comunicación que deben cumplirse en un cierto plazo una vez iniciado el proceso. Existen, además, otros deberes del mismo tipo que gravan a las partes (los así llamados *pretrial disclosures*) y que éstas deben secundar en un cierto plazo antes del juicio, que se encuentran especificados en la Regla 26 (a) (3) FRCP y que se refieren, en general a los medios de prueba que las partes se proponen presentar en el juicio, especialmente en relación con la prueba testifical.

Y por si fuera poco todo lo expuesto hasta el momento, la letra (E) de

50 . FREER pone el siguiente ejemplo: en un proceso en el que se pide una indemnización por los daños causados en un accidente de tráfico puede ser relevante, a efectos de resolver sobre el elemento de la culpa, si hubo un brusco frenazo por parte de uno de los conductores. *W* podría testificar en el juicio que oyó un fuerte frenazo si ella misma lo hubiese presenciado. Si, en cambio, fue su novio quien estuvo presente en la escena de los hechos y quien se lo contó, el testimonio de *W* sería inadmisibles en el juicio porque en Derecho americano se prohíbe por lo general valorar las declaraciones de testigos de referencia (*Hearsay Prohibition*). En la fase de *discovery*, por el contrario, sí que cabría interrogar a *W*, ya que su declaración puede conducir a averiguar que su novio estuvo presente en la escena y obtener así su testimonio, que sería perfectamente admisible en el juicio. Cfr. *Civil Procedure...* cit. § 8.3, p.404.

la Regla 26 (a) (1) FRCP precisa que una parte no puede zafarse de revelar dicha información o de proporcionar aquellos objetos pretextando que no aún no ha estudiado suficientemente el asunto o que el otro litigante, por su parte, no ha cumplido con sus correlativos deberes de facilitar información o pruebas, o que lo ha hecho de modo insuficiente⁵¹.

Es preciso advertir a este respecto que, en los ordenamientos procesales europeos, la buena fe o la lealtad procesal exigible a los litigantes no llega hasta el punto de imponerles tales deberes, sino que se limita a constreñirlos a proporcionar información o documentos cuando sean requeridos a tal efecto⁵². En el caso del proceso civil norteamericano, como hemos visto, se impone un verdadero, aunque ciertamente limitado, deber de actuar espontáneamente. De modo muy gráfico, en ocasiones se dice, en este sentido, que las partes deben mostrar una actitud leal hacia el tribunal (*candor to the court*) que les lleve a comunicar a su adversario hechos y pruebas que sinceramente consideren favorecedoras de su pretensión. Ello no obstante, la reforma de las FRCP de 2000 referida anteriormente autoriza al juez, si lo considera oportuno en el caso concreto, para eximir a las partes de dicho deber (Regla 26 (a) (1) (A) FRCP al inicio). Y en los supuestos especificados en la Regla 26 (a) (1) (B) FRCP, dicho deber de revelación o comunicación espontánea (*disclosure*) está sencillamente excluido⁵³.

Para hacerse una idea de la intensidad y carácter intrusivo del *discovery*, resulta muy ilustrativa la evolución de la así llamada *Work-Product Doctrine*. Dicha doctrina trata de responder a la pregunta de hasta qué punto está

51 . (...) *A party is not excused from making its disclosures because it has not fully investigated the case or because it challenges the sufficiency of another party's disclosures or because another party has not made its disclosures.*

52 . Sobre estos aspectos y, en general, sobre la exhibición documental, véase, como obra de referencia en Derecho español, el trabajo de PUIGVERT, Silvia, *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Aranzadi, Pamplona 2013. Sobre el concepto de buena fe procesal, véase PICÓ i JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Editorial JMBosch, 2ª edición, Barcelona 2012.

53 . Regla 26 (a) (1) (B) FRCP: *Proceedings Exempt from Initial Disclosure. The following proceedings are exempt from initial disclosure: (i) an action for review on an administrative record; (ii) a forfeiture action in rem arising from a federal statute; (iii) a petition for habeas corpus or any other proceeding to challenge a criminal conviction or sentence; (iv) an action brought without an attorney by a person in the custody of the United States, a state, or a state subdivision; (v) an action to enforce or quash an administrative summons or subpoena; (vi) an action by the United States to recover benefit payments; (vii) an action by the United States to collect on a student loan guaranteed by the United States; (viii) a proceeding ancillary to a proceeding in another court; and (ix) an action to enforce an arbitration award.*

obligado un abogado a revelar al adversario los materiales, notas, escritos y, en general, averiguaciones que haya realizado para preparar un litigio. Sintetizando lo complejo de un modo forzosamente genérico y dejando de lado matices importantes, está claro que los letrados no tienen el deber de revelar las informaciones confidenciales proporcionadas por su cliente en el marco de la relación profesional que los liga. Se trata del deber de exención de testificar conocido con el nombre de *Attorney-Client Privilege*. Dicha exención, sin embargo, no alcanza a los materiales que el abogado haya elaborado o reunido con vistas a la preparación del litigio, sino a las comunicaciones confidenciales con el cliente⁵⁴, de manera que se plantea el interrogante de si cabe exigir la revelación de estos materiales a través del *discovery*. La Corte Suprema se ocupó de la cuestión en el asunto *Hickman v. Taylor*⁵⁵.

Reduciendo a lo esencial el contenido de su pronunciamiento, el tribunal consideró que el *discovery* no incluye el deber de los abogados de revelar sus impresiones mentales o, en general, los materiales elaborados con vistas a un posible o actual litigio. Dicha idea se ha plasmado posteriormente en la Regla 26 (b) (3) FRCP, que exige a las partes del deber de proporcionar al adversario documentos u otros objetos tangibles elaborados con vistas a un eventual pleito por su abogado e incluso por su asegurador o por un asesor. Aunque no faltan excepciones a la regla, la exención del deber de proporcionar dichos materiales al adversario es de carácter absoluto cuando se trata de revelar impresiones mentales, conclusiones, opiniones o planteamientos jurídicos que el letrado plasmó por escrito en la preparación del litigio⁵⁶.

La exhibición de documentos y de información contenida en soportes electrónicos u otros objetos posee en la praxis del *discovery* una especialísima relevancia. Cada parte puede requerir a su adversario para que exhiba documentos, información en soporte electrónico u otros objetos sin necesidad de obtener una orden judicial que así lo ordene, si bien la parte que considere improcedente o abusiva dicha petición puede acudir al tribunal para que le exima del deber de entrega (Regla 34 (a) FRCP).

54 . Cfr. FREER, *Civil Procedure*...cit. § 8.3, p.414.

55 . 329 U.S. 495 (1947).

56 . Regla 26 (b) (3) (B): *Protection Against Disclosure. If the court orders discovery of those materials, it must protect against disclosure of the mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories of a party's attorney or other representative concerning the litigation.*

La petición de exhibir documentos o datos electrónicos no puede ser indiscriminada, lo que podría emplearse como táctica para estrangular económicamente a la parte requerida, que es quien debe costear inicialmente los gastos que implique dar cumplimiento a la petición. De ahí que la Regla 34 (b) FRCP exija a la parte que formula el requerimiento que especifique del modo más exacto posible el tipo o categoría de los documentos a que se refiere. Y, por su parte, la Regla 34 (b) (2) (E) (i) FRCP, referida al *discovery* en materia de información en soporte electrónico (el así llamado *e-discovery*), intenta evitar que la parte requerida ahogue a la requirente mediante una avalancha o amasijo desordenado de datos que dificulte el hallazgo de la información verdaderamente relevante, prescribiendo que la entrega se lleve a cabo en la misma forma en que los datos se conservan en la práctica habitual de la actividad de que se trate y se faciliten organizados y clasificados del modo especificado en el requerimiento⁵⁷.

El *discovery* en materia de información almacenada en formato electrónico resulta de especial trascendencia en la actualidad y plantea muy singulares problemas que las FRCP han tratado de solucionar especialmente mediante su reforma de 2006⁵⁸. No es este el momento de profundizar en las numerosas cuestiones abordadas en la reforma, pero cabe destacar que el legislador federal exige un examen de proporcionalidad para los supuestos en los que la obtención de la información exija unos dispendios considerables. Aunque las FRCP nada disponen de modo expreso, algunos tribunales han optado por imponer a la parte que solicita la información soportar al menos en parte los costes derivados de obtener la información⁵⁹. Además, las FRCP contienen disposiciones particulares relativas al formato en que debe proporcionarse la información requerida y una interesante regla referida a los supuestos en que la parte requerida alegue carecer de la información requerida por haber sido destruida o borrada de sus sistemas informáticos. Se trata, en concreto, de la Regla 37 (e) FRCP (a veces denominada *save harbor*), que exime de sanción al

57 . Regla 34 (b) (2) (E) (i) FRCP: *A party must produce documents as they are kept in the usual course of business or must organize and label them to correspond to the categories in the request.*

58 . Son diferentes las reglas afectadas por la reforma, pero la mayor parte de ellas se concentran en las reglas 34 y 45 (e) FRCP.

59 . Así lo prevé, por lo demás, el comité asesor (*Advisory Committee*) de la Conferencia Judicial en sus observaciones a la reforma de 2006. Cfr. SUBRIN/MINOW/BRODIN/MAIN y LAHAV, *Civil Procedure, Doctrine, Practice and Context...* cit. p.436; FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, cfr. *Civil Procedure...* cit. § 7.16, p. 425 y 426. Véase también FREER, quien comenta alguna jurisprudencia recaída en este sentido. Cfr. *Civil Procedure...* cit. § 8.3, pp.412 y 413.

litigante requerido cuando se ponga de manifiesto que la pérdida de datos se produjo como consecuencia de la gestión rutinaria y de buena fe de sus sistemas informáticos⁶⁰.

Pero en la fase de *discovery* las posibilidades de investigación no se limitan a descubrir y acceder a documentos, sino a todo tipo de informaciones y declaraciones del adversario. Cabe, por ejemplo, pedir a la otra parte declaración sobre hechos (*depositions*), declaraciones a las que la Regla 32 FRCP otorga fuerza probatoria. Ciertamente, en algunos casos dicho resultado podría alcanzarse también aplicando la Regla 801 (d) FRE⁶¹, que prevé ciertas excepciones a la así llamada *hearsay rule* (inadmisión como prueba de declaraciones o manifestaciones no prestadas directamente en el acto del juicio por parte de quien presencié los hechos)⁶², pero para los casos en que no resultase de aplicación dicho precepto, la referida Regla 32 FRCP constituye por sí misma una verdadera excepción a la regla general que prohíbe el referido *hearsay* y autoriza a admitir como prueba las declaraciones que las partes o terceros hubiesen realizado al contestar a las referidas *depositions* y también para tachar o poner en entredicho (*impeachment*) la credibilidad de un testigo que durante su declaración en el acto del juicio entrase en contradicción con lo que manifestó bajo juramento al responder a las preguntas. En todo caso, la validez del testimonio prestado durante el *discovery* no exime a la parte que lo hace valer de traer a juicio a dicho testigo. Sólo cabrá reconocer validez a las *depositions* si éste no comparece por razones no imputables al proponente.

3.3. LA PERSISTENCIA DEL *DISCOVERY* PESE A SUS INDISCUTIDOS INCONVENIENTES Y A SUS EVIDENTES POSIBILIDADES DE ABUSO.

Aunque el *discovery* en su actual configuración ha resistido poco menos que incólume tantos años de vigencia, las voces críticas que denuncian sus inconvenientes y los abusos a que puede y, de hecho, da lugar son también muy abundantes.

60 . Regla 37 (e) FRCP: (e) *Failure to Provide Electronically Stored Information. Absent exceptional circumstances, a court may not impose sanctions under these rules on a party for failing to provide electronically stored information lost as a result of the routine, good-faith operation of an electronic information system.*

61 . *Federal Rules of Evidence*, texto normativo que regula el régimen de la prueba tanto para el proceso civil como para el proceso penal.

62 . Cfr. FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, cfr. *Civil Procedure*...cit. § 7.18, p. 435.

Por una parte, la extensión del *discovery* puede resultar excesiva y desproporcional respecto de la importancia económica del asunto litigioso, dando a lugar a exorbitadas peticiones de aportación de documentos, de datos en soporte electrónico, a largos interrogatorios etc. Todo ello puede suponer unos costes también desproporcionados, que, por lo general, son inicialmente soportados por la parte a quien se requiere producir la información, aunque, como se vio en el caso de la información en soporte electrónico, los tribunales imponen en ocasiones a la parte requirente adelantar total o parcialmente los dispendios que la actuación en cuestión pueda ocasionar. De hecho, es bien conocido que el *discovery* ha sido utilizado en ocasiones como medio para forzar finales consensuados del proceso a base de hacerlo insosteniblemente gravoso para la parte que debía desembolsar inicialmente aquellos gastos. Por otra parte, como también se vio, el objeto del *discovery* es muy amplio y abarca tanto los hechos controvertidos que sustentan las pretensiones de las partes, como todos aquellos hechos que guarden cierta relevancia con la materia litigiosa y que puedan conducir a acreditar los hechos propiamente constitutivos o aquellos que fundan las excepciones. Esta circunstancia puede dar pie al planteamiento de un *discovery* excesivo, pues la tendencia de los jueces es la de interpretar el requisito de la relevancia en términos más bien laxos⁶³.

Las FRCP han tratado de atajar dichos abusos a través de reformas parciales, consistentes, por ejemplo, en poner límite al número y duración de los interrogatorios. El mayor rigor exigido a los escritos iniciales de alegaciones está, al menos en buena parte, también motivado por el designio de cortar de raíz excesivas y onerosas fases de *discovery*. En fin, la última versión de la Regla 26 (b) (1) FRCP, aprobada en 2015, ha reforzado el requisito de la proporcionalidad como requisito necesario para llevar a cabo cualquier actuación del *discovery* ofreciendo al juez un buen número de pautas para determinar dicha proporcionalidad en el caso concreto⁶⁴.

Las desapacibles y frecuentes críticas de que ha sido objeto hasta la

63 . Cfr. FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, cfr. *Civil Procedure*...cit. § 7.2, p. 383 y 384.

64 . Rule 26 (b) (1) *Scope in General*. *Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable.*

actualidad el *discovery*⁶⁵, si bien han desembocado en las referidas reformas parciales, a veces de considerable envergadura⁶⁶, no han conseguido crear a un estado de ánimo mayoritario propenso a propiciar un cambio sustancial de su actual configuración, que ya cuenta con 80 años de vida. La institución, en definitiva, ha conservado hasta la actualidad gran parte de los rasgos esenciales con que fue configurada en 1938. Parte de su reputación descansa en la convicción de que las posibilidades de investigación que abre el *discovery* resultan esenciales para que el proceso civil cumpla en Norteamérica su misión de transformación social prestando efectividad a los derechos civiles reconocidos por la constitución y la legislación federal. Sin una fase de investigación amplia, complementada con una fase de alegaciones laxa (*lax pleading and broad discovery*), sería imposible haber hecho prosperar importantes demandas que han desembocado en sentencias históricas y trascendentales para la protección de los derechos civiles, que no hubiesen visto la luz sin este instrumento de investigación de hechos y obtención de prueba.

Por lo demás, la estrecha relación entre el *discovery* y la defensa de los derechos civiles a través del proceso, está también en estrecha conexión con otro talismán de la cultura jurídica americana, a saber, el así llamado *private law enforcement*, es decir, la preferencia por encomendar a la iniciativa privada la promoción o efectividad práctica del Derecho, en vez de confiar dicho cometido a los poderes públicos, como sucede ordinariamente en Europa. Las palabras de Carrington son muy ilustrativas en el sentido ahora

65 . Véase al respecto, WRIGHT, C.A./KANE, M.K., *Law of Federal Courts*, West, St Paul (Minnesota), 7ª edición, 2011, § 81, pp. 577 y ss.

66 . Durante casi tres décadas el régimen del *discovery* apenas experimentó modificaciones respecto de su redacción originaria de 1938. En 1970, sin embargo, se llevó a cabo una reforma de gran amplitud con base en los estudios empíricos realizados por la Facultad de Derecho de la Columbia University. En 1980 se llevaron a cabo modificaciones de mucha menor envergadura, en las que se fijaban ciertos límites a los interrogatorios de las partes y de los testigos, se reforzaba el control judicial del *discovery* imponiendo una audiencia (*discovery conference*) en la que el juez y las partes han de planificar las actuaciones que deben llevarse a cabo etc. En 1983 volvieron a introducirse modificaciones nuevamente reforzando los poderes del juez para limitar la frecuencia y el uso de los instrumentos del *discovery*, prohibiendo las actuaciones reiterativas o indebidamente gravosas u onerosas, y facilitando el uso de sanciones contra la parte que abusase de las posibilidades instrumentos del *discovery*. En 1993 se introdujo el *mandatory discovery*, al que nos hemos referido en su momento y que implica un deber de suministrar pruebas e información al adversario sin necesidad de requerimiento. La reforma se granjeó la oposición mayoritaria de la abogacía y de la judicatura, pero finalmente salió adelante. En 2000 la reforma se centró en redefinir el alcance del *discovery* al mismo tiempo que, otra vez, trataba reforzar el poder del juez para adaptar el *discovery* a las necesidades del caso concreto. En fin, en 2006 la reforma se centró en regular el ya referido *electronic discovery*. Sobre la historia de las reformas, véase WRIGHT, C.A./KANE, M.K., *Law of Federal Courts*, West, St Paul (Minnesota), 7ª edición, 2011, § 81, pp. 578 y ss.

expuesto. Afirma dicho autor que el *discovery* es la alternativa americana al Estado administrativo y que cada día cientos de abogados americanos advierten a sus clientes que incurrir en ciertas ilegalidades supone el riesgo de quedar expuesto la actuación de a miles de abogados armados con el poder de dirigir requerimientos de averiguación que pueden conducir eficazmente al descubrimiento de los hechos. A menos que se confiaran nuevos poderes a las autoridades públicas –concluye el autor- restringir el *discovery* implicaría reducir los desincentivos para incurrir en un amplio espectro de conductas antijurídicas⁶⁷.

VIII. EL PROCESO CIVIL ALEMÁN COMO CONTRAPUNTO EUROPEO AL *DISCOVERY* AMERICANO.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Si en el proceso civil de los EEUU el litigante interesado en desarrollar una actividad de investigación goza de un dilatado margen de actuación, en el caso alemán sucede prácticamente lo contrario. Se trata de un rasgo característico de la mayor parte de ordenamientos procesales de la Europa continental, pero acentuado de un modo muy singular en el caso del proceso civil alemán⁶⁸. Se conocen, de hecho, fuertes encontronazos entre las autoridades alemanas y norteamericanas en esta materia⁶⁹ y no

67 .“We should keep clearly in mind that discovery is the American alternative to the administrative state (...). Every day, hundreds of American lawyers caution their clients that an unlawful course of conduct will be accompanied by serious risk of exposure at the hands of some hundreds of thousands of lawyers, each armed with a subpoena power by which misdeeds can be uncovered. Unless corresponding new powers are conferred on public officers, constricting discovery would diminish the disincentives for lawless behavior across a wide spectrum of forbidden conduct”. Cfr. CARRINGTON, P., *Renovating Discovery*, 49 Ala. L. Rev. 51, 54 (1997), citado por BURBANK/SUBRIN, cfr. *Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial...* cit.p.407.

68 . Cfr. WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien –Aufklärungspflicht und Weigerungsrechte*, JuristenZeitung (JZ), 14/2007, p.711, que cita a su vez cita a STADLER, A., *Inquisitio maxime und Sachverhaltsaufklärung: erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozessrechtsreform*, für Kostas Beys, Tomo. 2, pp.. 1632 y ss, Atenas, 2003.

69 . BORN, Gary B., *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary and Materials*, 3ª edición, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London 1996, p.849, refiere un incidente diplomático entre el gobierno alemán y el de los EEUU en 1874, a causa de la práctica de un interrogatorio que un agente consular norteamericano se proponía realizar a un ciudadano

es casualidad que Alemania formulase una terminante reserva al art.23 del Convenio de la Haya, de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, prohibiendo a sus tribunales secundar las peticiones ultramarinas de exhibición documental provenientes del *discovery*, y que haya hecho lo propio en su propia ley interna de desarrollo de dicho convenio⁷⁰. Y por si fuera poco, aunque no se trata de la posición mayoritaria, en Alemania hay quien defiende que la máxima *nemo tenetur edere contra se*, que en la mayoría de países se contrae al ámbito sancionatorio, resulta también aplicable, con carácter general, en el proceso civil⁷¹. En todo caso, y pese a la evolución que dicha situación está experimentando, la legislación y la jurisprudencia alemana son, como se verá, considerablemente restrictivas en lo que concierne a los mecanismos y posibilidades de que disponen las partes para obtener prueba en poder de la otra parte o terceros⁷².

2. LAS PRETENSIONES INFORMATIVAS DEL DERECHO SUSTANTIVO (*AUSKUNFTSANSPRÜCHE*) COMO MEDIO TRADICIONAL PARA CANALIZAR LAS PETICIONES DE EXHIBICIÓN DOCUMENTAL.

Para empezar, hasta el año 2002 el Derecho alemán configuraba en términos fuertemente restrictivos el deber de atender a los requerimientos de exhibición o entrega documental formulados por el adversario procesal o por terceros (*Aufklärungspflicht*). Hasta ese momento, en efecto, lo relativo a la exhibición sólo estaba regulado por los parágrafos 420 a 432 ZPO, ambos en sede de prueba documental, que establecen dicho deber, por lo

alemán en territorio alemán.

70 . El § 14.1 de dicha ley (Gesetz zur Ausführung des Haager Übereinkommens vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen und des Haager Übereinkommens vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen) dispone lapidariamente que no serán atendidas las peticiones de auxilio judicial que tengan por objeto un procedimiento del art.23 del Convenio de la Haya (*Rechtshilfeersuchen, die ein Verfahren nach Artikel 23 des Übereinkommens zum Gegenstand haben, werden nicht erledigt*).

71 . En esta dirección, entre otros, LEIPOLD, comentario al § 138 ZPO, marginal 13, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22ª edición, Editorial Beck, Múnich 2013.

72 . Un interesante panorama general acompañado de un estudio comparativo con el Derecho inglés puede encontrarse en SCHERPE, Julia Caroline, *Alleviations of Proof in German and English Civil Evidence*, *RabelsZ* 80 (2016), pp.888-925.

que se refiere al adversario procesal, en los siguientes casos⁷³:

Si dicho adversario en sus alegaciones o prueba se ha referido al documento cuya exhibición se requiere⁷⁴ o,

Cuando el Derecho sustantivo reconozca una pretensión informativa o derecho a acceder a cierta información (*Auskunftsanspruch*) referida a relaciones jurídicas concretas. Así sucede en diferentes preceptos del Código Civil alemán (BGB)⁷⁵. Es importante no confundir estas pretensiones o acciones dirigidas a recabar información con las diligencias preliminares españolas. No sólo porque éstas últimas estén reguladas en la ley procesal mientras las que las ahora referidas *Auskunftsansprüche* lo están en el Código Civil (BGB), sino porque, en coherencia con dicha posición sistemática, las pretensiones informativas alemanas no tienen como finalidad legal la preparación del juicio, aunque, de hecho, sirvan para acopiar prueba. Estrictamente hablando, sin embargo, constituyen verdaderas pretensiones o acciones autónomas.

Estas acciones o pretensiones informativas ha sido también el instrumento escogido por el legislador para posibilitar peticiones de exhibición en muchos ámbitos particulares, especialmente para transponer directivas europeas, en múltiples ocasiones dándoles el calificativo de “acciones de exhibición y examen” (*Anspruch auf Vorlage und Besichtigung*)⁷⁶. Por poner un ejemplo muy significativo y actual, las peticiones de acceso a fuentes de prueba derivadas de la Directiva 2014/104/UE, sobre acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia han sido transpuestas al Derecho alemán precisamente mediante pretensiones informativas de este tipo⁷⁷.

73 . Al respecto, véase WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien –Aufklärungspflicht und Weigerungsrechte*, JuristenZeitung (JZ), 14/2007, p.707.

74 . § 423 ZPO. *Vorlegungspflicht des Gegners bei Bezugnahme. Der Gegner ist auch zur Vorlegung der in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf die er im Prozess zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn es nur in einem vorbereitenden Schriftsatz geschehen ist.*

75 . Concretamente se trata de los §§ del BGB: 259 (rendición de cuentas), 402 (información sobre el crédito cedido que el cedente de un crédito debe suministrar al cedatario); y 666 y 675, que afectan al mandatario y al gestor de negocios ajenos); § 809 (inspección o exhibición de una cosa).

76 . Así, por ejemplo, el § 101 UrhG (Ley de propiedad intelectual); §§ 140 y 140d PatG (Ley de Patentes); §§ 19 MarkenG (Ley de Marcas); §§ 46 y 46 a y 46 b DesignG (Ley sobre protección jurídica del diseño).

77 . § 33 g GWB (ley contra las restricciones a la competencia), rubricado *Anspruch auf Heraus-*

El § 810 BGB, por su parte, a diferencia de los anteriores, es de aplicación general, no restringido a relaciones jurídicas determinadas. Según la interpretación generalmente compartida⁷⁸, éste precepto sólo reconoce el derecho a tomar conocimiento de los documentos en manos del adversario cuando éstos se hubiesen confeccionado con vistas a suministrar prueba a favor del solicitante de la información o, en general, en su interés⁷⁹.

Por lo que se refiere a los terceros, según el § 429 ZPO, solo pueden ser requeridos a exhibir documentos demandándolos (*im wege der Klage*) para reclamarles dicha información, en los casos en los que así esté previsto en la legislación sustantiva a los que acabo de referirme⁸⁰.

3. EL DEBER DE EXHIBICIÓN DEL § 142 ZPO (*AUFKLÄRUNGSPFLICHT*): LA CARGA DEL ACTOR DE APORTAR UN RELATO DE HECHOS CONCLUYENTE (*SCHLÜSSIGER VORTRAG*) Y DE INDIVIDUALIZAR SUFICIENTEMENTE LA PETICIÓN.

El § 142 ZPO, situado extramuros del régimen sobre la prueba documental, vino en 2002 a modificar dicha situación, estableciendo que *el tribunal puede ordenar a una parte o tercero que exhiba documentos u otros objetos a los que alguna de las partes haya hecho referencia*, deber del que sólo puede zafarse quien se halle en alguna de las situaciones previstas por la ley procesal civil en las que cabe negarse a testificar (*Zeugnisverweigerungsrechte*) o, por alguna otra razón, no le resulte exigible (*zumutbar*) acceder a la exhibición⁸¹.

gabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften (Acción para obtener la exhibición de medios información y medios de prueba).

78 . Cfr. WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien...*cit.p.707.

79 . § 810 BGB. *Einsicht in Urkunden. Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitz befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.*

80 . § 429 ZPO. *Vorlegungspflicht Dritter. Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet; er kann zur Vorlegung nur im Wege der Klage genötigt werden.*

81 . El § 142 ZPO. *Anordnung der Urkundenvorlegung. (1) Das Gericht kann anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Das Gericht kann hierfür eine Frist setzen sowie anordnen, dass die vorgelegten Unterlagen während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Geschäftsstelle verbleiben. (2) Dritte sind zur Vorlegung nicht verpflichtet, soweit ihnen diese nicht zumutbar ist oder sie zur Zeugnisverweigerung gemäß den §§ 383 bis 385 berechtigt sind. Die §§ 386 bis 390 gelten entsprechend (...).*

El precepto, sin embargo, lejos de clarificar el panorama ha desencadenado una gran disparidad de opiniones doctrinales y una jurisprudencia de la que difícilmente cabe extraer pautas razonablemente seguras. El telón de fondo que preside todo el panorama es una clara aversión o rechazo del *discovery* norteamericano, a veces de modo latente y no pocas veces en forma explícita.

En todo caso, parece que doctrina y jurisprudencia muestran cierto acuerdo en que el actor no puede desarrollar una actividad propiamente investigadora, es decir, no puede llevar a cabo una actividad de descubrimiento de hechos, sino sólo de elementos de que sirvan a la finalidad de probar tales hechos. Se trataría, en definitiva, de obtener fuentes de prueba. El requisito esencial para lograrlo sería aportar un relato fáctico coherente (*schlüssiger Vortrag*) del que pudiese deducirse la necesidad de acceder a un documento para acreditar dicho relato. Un importante caso recogido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán servirá para comprender la posición del alto tribunal⁸²:

Se trata de una acción colectiva (*Musterklage*) promovida por varios accionistas de la compañía DaimlerChrysler. El caso comienza en 2005, cuando Jürgen Erich Schrempp, entonces director ejecutivo de Daimler AG, anuncia su renuncia al cargo. Dicho anuncio llegaba demasiado tarde a juicio de los accionistas demandantes, que ya habían vendido sus acciones de DaimlerChrysler poco antes de dicho anuncio y habían visto, indignados, cómo, tras el mismo, las acciones de la compañía habían incrementado considerablemente su valor, a causa de las buenas expectativas que suscitaba la renuncia de Schrempp, cuya gestión venía siendo duramente criticada en los últimos tiempos. Los accionistas alegaban que Schrempp ya había hablado el 17 de mayo de 2005 con el entonces presidente de la Junta de Supervisión de Daimler, Hilmar Kopper, sobre su plan de retirarse. Daimler anunció finalmente la renuncia, pero no fue hasta el 28 de julio de 2005, luego de que el Consejo de Supervisión (*Aufsichtsrat*) de la compañía aceptase la renuncia la noche anterior.

Después del anuncio, el precio de las acciones había aumentado hasta en un 10%. Muchos accionistas se sintieron engañados: no habrían vendido sus acciones si el grupo les hubiera informado antes sobre una

82 . Pueden encontrarse comentarios sobre el mismo en ZEKOLL, J./HAAS G.A., *Ausweitung ohne Ausforschung – zur Urkundenvorlagepflicht nach § 142 ZPO*. JuristenZeitung (JZ) 23/2017, p. 1142.

posible renuncia de Schrempp, y por lo tanto dirigieron contra la compañía la correspondiente acción indemnizatoria.

Para acreditar que los planes de renuncia se habían gestado desde mucho tiempo atrás y que, consecuentemente, la compañía había privado a los accionistas de una información relevante y exigible, los actores solicitaron la exhibición de las actas de la reunión del Consejo de Supervisión en la que se accedió a la renuncia. En dicha reunión, sus 20 miembros habrían resuelto en unos escasos 30 minutos sobre la renuncia e incluso sobre el régimen transitorio conforme al que había de regirse la compañía hasta la designación de un nuevo director. Todo ello, según los actores, serviría para acreditar que la compañía retuvo desde mucho tiempo atrás la vital información que se debió suministrar a los accionistas para que pudiesen optar por vender sus acciones tras la renuncia.

La solicitud de exhibición fue denegada en la instancia y confirmada por el Tribunal Supremo alemán, razonando que el actor no había aportado un relato de hechos concluyente (el ya referido *schlüssiger Vortrag*) del que cupiese deducir que la decisión de aprobar la renuncia –ciertamente en un tiempo record- ya hubiese sido consensuada previamente, antes de celebrar la referida reunión del Consejo de Supervisión⁸³. Si dicha carga alegatoria hubiese sido satisfecha, parece que hubiese cabido acceder a la petición de exhibición. En definitiva, según el tribunal, lo que el actor había pretendido era una auténtica investigación en la esfera de la demandada, es decir, conocer hechos para llenar el relato fáctico necesario para satisfacer la carga alegatoria del actor. El tribunal utiliza la expresión *unzulässige Ausforschung* (“investigación ilícita”) para referirse a la petición de exhibición formulada por los accionistas, expresión que comúnmente se

83 . BGH, 25.02.2008 - II ZB 9/07. FJ 30, ff. *In diesem Zusammenhang ist es rechtlich auch nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht der Musterbeklagten nicht aufgegeben hat, die Protokolle jener Aufsichtsratsitzung vorzulegen. Insoweit liegt - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - kein Verstoß gegen die §§ 142, 286 ZPO vor. Denn in der Tat liefe der entsprechende Antrag des Musterklägers auf eine unzulässige Ausforschung hinaus, da dieser keinen schlüssigen Vortrag dazu gehalten hat, dass bereits vor der maßgeblichen Aufsichtsratsitzung jedenfalls die erforderliche Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder eingeweiht und einverstanden gewesen sei. Eine solche unzulässige Ausforschung nimmt das Oberlandesgericht auch nicht „ohne Grundlage im Aktenstoff“ an. Der Musterkläger hat ausweislich der tatsächlichen Feststellungen im Musterentscheid gerade nicht vorgetragen, dass die Entscheidung des Aufsichtsrats am 28. Juli 2005 schon zuvor abgestimmt worden sei und dass nur dadurch die Entscheidung des 20-köpfigen Aufsichtsrats innerhalb eines Zeitraums von max. 30 Minuten habe herbeigeführt werden können. Er hat vielmehr die Vorlage verlangt, weil „dann vielleicht nachvollziehbar werden (könnte), wie in dem Zeitfenster von 9.20 Uhr bis 9.50 Uhr ... ein 20-köpfiger Aufsichtsrat über die von der Beklagten als gesamthafte Nachfolgeregelung bezeichneten Personalentscheidungen beraten sowie abstimmen konnte“.*

utiliza en la literatura jurídica alemana para exorcizar cualquier movimiento que evoque siquiera remotamente la asunción de prácticas similares al *discovery* norteamericano.

La cuestión clave es, en todo caso, determinar hasta qué punto debe poder deducirse de las alegaciones del actor la existencia del derecho en que funda su pretensión. En materia de propiedad industrial e intelectual (por ejemplo para permitir el acceso al equipo informático del demandado) la jurisprudencia se conforma con que las alegaciones del actor permitan apreciar un “cierto grado de probabilidad” (*gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit*), estándar que no resultaría de aplicación al proceso civil con carácter general, donde se exige un alto grado de probabilidad⁸⁴. Se pretende, en definitiva, que el actor no realice búsquedas “a voleo” (*ins Blaue hinein, aufs Geratewohl*). Un importante sector de la doctrina viene reclamando que el estándar aplicable al caso de aquellas propiedades inmateriales se traslade, con carácter general, al proceso civil y se reduzca a un examen de plausibilidad⁸⁵.

Sobre al grado de concreción que la petición de exhibición debe satisfacer, tampoco existe una opinión consolidada. Algunos autores son partidarios de exigir una individualización de la documentación solicitada en términos muy estrictos, mientras que otros se conforman con grado menor de concreción, siempre y cuando se haya conseguido aportar un relato de hechos concluyente⁸⁶.

4. LA DENOMINADA CARGA ALEGATORIA SOBREVENIDA (*SEKUNDÄRE BEHAUPTUNGSLAST*) COMO MECANISMO PARA REMEDIAR EL DESCONOCIMIENTO DEL ACTOR EN RELACIÓN CON LOS HECHOS NECESARIOS PARA FUNDAR SU PRETENSIÓN.

84 . Se utilizan al respecto expresiones como *Erhöhte Wahrscheinlichkeit* o *eine Begründete Annahme*. Véase al respecto, ZEKOLL/HAAS, *Ausweitung ohne Ausforschung...*cit.p.1143.

85 . Así, recientemente, ZEKOLL/HAAS, *Ausweitung ohne Ausforschung...*cit.p.1146; y también WAGNER, cfr. *Urkundenedition durch Prozeßparteien...*cit.p.714.

86 . Por ejemplo, WAGNER refiere un caso resuelto por un tribunal berlinés en el que el demandado reconviniente solicitó la exhibición de un documento en poder de la administración concursal relativo a las mejoras realizadas por el arrendador en un inmueble con base en el que pretendía acreditar un crédito compensable. La única concreción que ofreció al respecto es que el documento se encontraba en una carpeta con la etiqueta “edificio de oficinas”. Cfr. WAGNER, *Urkundenedition durch Prozeßparteien...*cit.p.712. Según LEIPOLD, D., la petición debería haber sido rechazada por que el documento no se individualizó conforme a su clase y contenido. Cfr. LEIPOLD D., *Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess*, en *Festschrift für Gerhardt* (2004), pp.572 y ss.

A la vista de lo expuesto, la pregunta surge inmediatamente es la siguiente: si el actor desconoce ciertos hechos que resultan necesarios para satisfacer su carga de presentar un relato fáctico concluyente, y la insuficiencia de dicho relato le cierra el acceso a obtener la exhibición documental, ¿no queda el desdichado actor inexorablemente condenado a *lasciare ogni speranza* de conseguir el reconocimiento de su pretensión e irremediablemente abocado a desistir del proceso?

La doctrina y la jurisprudencia intentan salvar este obstáculo mediante una institución conocida como *sekundäre Behauptungslast* (también *sekundäre Darlegungslast*), que podría traducirse de modo casi literal al español como “la carga alegatoria secundaria o sobrevenida”. Consiste dicha institución en que el actor tiene la carga de alegar los hechos en que basa la demanda con la mayor concreción posible y si aún se escapan de su conocimiento algunos datos, debe al menos ofrecer una narración o relato aproximado (*pauschal*) del episodio vital en que funda su pretensión. Satisfecho este estándar, se trasladaría al demandado la carga de completar los hechos que faltan para integrar el relato fáctico del actor, siempre y cuando cupiese concluir que los conoce a causa de la proximidad o cercanía con los mismos. Si no levanta esta carga alegatoria sobrevenida, se expone a que quede fijada como cierta la versión global o aproximada el actor que ha ofrecido de los mismos mediante la admisión de hechos (§ 138.3 ZPO)⁸⁷.

Así pues, la referida carga sobrevenida nace cuando el actor es ajeno al ámbito o esfera de los hechos cuya carga alegatoria inicialmente le incumbe y carece, sin culpa suya, de ciertos datos o informaciones necesarias para construir su relato⁸⁸. Tal cosa podría suceder, por ejemplo, cuando el administrador de una sociedad ha sido demandado por utilizar los recursos de la sociedad de modo ilícito. El actor no puede conocer todos los detalles de la gestión del administrador⁸⁹. Su carga alegatoria llega hasta donde haya podido razonablemente averiguar los hechos. Una vez que ha satisfecho esta carga, es el demandado quien, por su proximidad con los hechos, queda gravado con la carga alegatoria sobrevenida de ofrecer detallada cuenta de su actuación.

87 . Véase al respecto, JAUERNIG, O., *Zivilprozeßrecht*, 24 edición, Múnich 1993, § 50. I, p.186.

88 . Cfr. LÜKE, W., *Zivilprozeßrecht*, 10ª edición, editorial Beck, Múnich 2011, §20, p.223.

89 . *Ibidem* op.cit.

5. CONCLUSIÓN.

Como se ha podido comprobar, el Derecho procesal alemán es fuertemente reacio a permitir el acceso de las partes a las fuentes de prueba en poder del otro litigante o de terceros y, en lo que se refiere a la posibilidad de descubrir hechos, la resistencia del legislador y de la jurisprudencia es prácticamente absoluta.

Ello no obstante, gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia son, desde hace décadas, cada vez más favorable a ensanchar las facultades de las partes en orden a la obtención de fuentes de prueba, aunque sin llegar a la amplitud que caracteriza la regulación de esta materia en la fase de *discovery* del proceso civil estadounidense⁹⁰.

Para Wagner⁹¹, Zekoll y Haas⁹², la aprensión del mundo jurídico germánico por un posible deslizamiento de su práctica procesal hacia el abominable *discovery* norteamericano resulta, en muy buena medida, exagerada y carente de fundamento. Sería posible, a juicio de dichos autores, admitir las peticiones de exhibición documental con mayor generosidad que la actual y superar la restrictiva concepción tradicional en Alemania. Lo propio del *discovery* no sería, en realidad, el hecho de posibilitar amplias peticiones de exhibición, sino, más precisamente, la posibilidad de acceder a dichas peticiones de un modo más bien laxo o prácticamente exento de requisitos o condiciones, sin fundamento en la aportación de un riguroso relato fáctico ni en la necesidad de haber realizado un esfuerzo serio para acreditar cierto grado de plausibilidad en cuanto al sustento de la pretensión que se ejercita, amén de limitar severamente las causas que puede invocar la persona requerida para evitar secundar el requerimiento⁹³.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL: LA NECESIDAD DE

90 . Esta tendencia cobró especial empuje desde la obra de STÜRNER R., *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 44)*–Tübingen 1976 y ha sido continuada, entre otros, por los autores citados en estas páginas (WAGNER, ZEKOLL, HAAS y STADLER).

91 . Op.cit.p.719.

92 . Op.cit.pp.1145 y 1146.

93 . Sobre este aspecto, véase WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien...*cit.p.715 y ss.

INSTITUIR UN CAUCE PROCESAL ÚNICO Y UNIFORME PARA CANALIZAR LA AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y DE FUENTES DE PRUEBA.

1. LOS ASPECTOS PRECISADOS DE REFORMA EN EL RÉGIMEN ACTUAL DE LA LEC.

A la vista de las consideraciones realizadas en las líneas precedentes, me parece conveniente emprender una reforma de los instrumentos que el Derecho español ofrece a los justiciables para averiguar hechos y fuentes de prueba. A continuación, expongo cuáles habrían de ser, a mi juicio, las pautas que habría de seguir dicha reforma.

A mi juicio, tres son, en concreto, los puntos fundamentales en los habría de focalizarse la reforma de los instrumentos que ofrece el ordenamiento procesal civil para canalizar la actividad de investigación sobre hechos y fuentes de prueba.

El carácter fragmentario y restringido a materias concretas de los actuales instrumentos legales. Existe, en efecto, una férrea tasación de diligencias preliminares reservadas a materias específicas, fundamentalmente las relativas a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial, amén de un puñado de diligencias diferentes muy específicas. Por lo que respecta al resto de cauces de investigación estudiados, el art.328.3 LEC está también únicamente referido a la propiedad industrial e intelectual, las diligencias de obtención de prueba de los arts.283 bis a LEC y ss. (Sección 1.^a bis) sólo están contempladas para los asuntos relativos al Derecho de la competencia. Y, en fin, el art.732.2. II LEC constituye un estrecho cauce concebido sólo para pretensiones de prohibición o cesación de actividades ilícitas y con la única finalidad de suministrar un principio de prueba para adoptar una medida cautelar, de suerte que la obtención de fuentes de prueba para el proceso principal resulta un efecto accidental, indirecto y en principio no previsto por el legislador. El expediente de jurisdicción voluntaria del art.112 LJV, por lo demás, está limitado a cuestiones contables y no es un mecanismo procesal propiamente dicho, aunque podría contribuir al descubrimiento de fuentes de prueba en un futuro proceso.

Parece muy razonable que el legislador se haya apresurado a dispensar a los procesos en materia de propiedad intelectual, propiedad industrial y Derecho de la competencia un tratamiento singular en cuanto a la averiguación de hechos y a la obtención de fuentes de prueba. En muchas

ocasiones, como singularmente en el caso del derecho de la competencia, ha sido la necesidad de adaptación a la legislación europea la que ha empujado al legislador español a introducir reformas. En cualquier caso, parece claro que dicho tratamiento puede ser preciso también para hacer prosperar pretensiones en muchos otros ámbitos, que son tan o más dignos de protección que aquellas trascendentales materias⁹⁴. A mi juicio, no hay razones objetivas que se opongan a la generalización de dichos medios de averiguación a cualquier tipo de pretensiones, siempre y cuando concurren ciertos presupuestos, a los que me he referido y volveré a aludir más adelante.

Por otra parte, la diversidad de cauces procesales para lograr la misma o similar finalidad. En efecto, como se ha visto, para averiguar hechos u obtener fuentes de prueba puede resultar preciso acudir al procedimiento previsto para las diligencias preliminares, el establecido para la adopción de las diligencias de los arts.283 bis a LEC y ss., al cauce del art.328.3 LEC o al del art.732.2. II LEC. ¿No sería más sensato y clarificador instituir un solo cauce procesal para todos los supuestos en los que se pretenda averiguar hechos y obtener fuentes de prueba, siempre, como es lógico, previendo ciertas especialidades, como, por ejemplo, las relativas al hecho de que las actuaciones de investigación se soliciten antes o después de interponer la demanda?

El establecimiento de un cauce general de averiguación de hechos y obtención de prueba podría comportar asimismo el enorme beneficio de simplificar la ley procesal civil, suprimiendo ciertas instituciones que pasarían a resultar superfluas. Concretamente, dejarían de tener sentido las veteranas diligencias preliminares y los preceptos relativos a la exhibición documental (arts. 327 y 328 y ss. LEC)⁹⁵.

Si no voy errado, las únicas diligencias preliminares que no tienen como finalidad última el acopio de fuentes de prueba, son (parcialmente) la del art.256.1. 1º LEC, cuando se refiere a la petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad o representación, cuyo

94 . En este sentido, también GASCÓN INCHAUSTI, *Aspectos procesales de las acciones de daños...* op.cit.p.141.

95 . En este sentido, véase GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil: entre autonomía y armonización*, editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2018, p. 134.

conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad o representación; y la del art.256.1.6º LEC, concebida para los procesos en que se pretenda la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. En estos supuestos, se trataría de averiguar datos relativos a presupuestos procesales, o, en todo caso, no se trataría de averiguar los hechos en que se fundan las pretensiones. Habría que encontrar, en consecuencia, otro lugar en la LEC para ubicar tan específica diligencia, que bien podría ser la Sección 1ª (*de la demanda y su objeto*) del Capítulo I, del Título II del Libro II.

Además, las únicas actuaciones de investigación que pueden solicitarse antes de aventurarse a interponer demanda son las diligencias preliminares y las nuevas diligencias de averiguación de fuentes de prueba de los arts.283 bis y ss. LEC en relación con las acciones de daños en materia de Derecho de la competencia (aparte del angosto y puntual caso del art.732.2. II LEC).

A mi juicio, sería preciso que las actuaciones de investigación pudiesen solicitarse tanto antes como después de interponer demanda. De hecho, el momento previo a la interposición de la demanda parece presentarse como el momento idóneo y generalmente más conveniente para quien busca la efectividad de sus derechos, pues, en función de las actuaciones llevadas a cabo podrá ponderar si puede interponer la demanda con éxito, mientras que haber de instar dichas actuaciones después de demandar entraña el riesgo de perder el proceso o, en todo caso, de haber de desistir del mismo, lo que no siempre estará exclusivamente en su mano (cfr. art.20.2 y 3 LEC). Y, en cualquier caso, procurar a los justiciables la información necesaria para evitar el inicio de un proceso civil condenado al fracaso parece un objetivo deseable y digno de ser fomentado.

2. LA NONATA PROPUESTA DE LEY DE LA SECCIÓN ESPECIAL PARA LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE PARA INTRODUCIR UN RÉGIMEN GENERAL EN MATERIA DE AVERIGUACIÓN DE FUENTES DE PRUEBA.

La Comisión General del Codificación se planteó en su día todas estas cuestiones y llegó a formular una propuesta en dicho sentido⁹⁶. No

96 . Propuesta de ley de la Sección Especial para la trasposición de la 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

pretendo en estos momentos analizar con detalle y de modo sistemático los pormenores de la propuesta, que, en términos generales, me parece una valiosa aportación para la mejora de la legislación en la materia que nos ocupa. En las líneas que siguen me limitaré a destacar ciertos aspectos referidos a las cuestiones analizadas páginas atrás y que considero de especial trascendencia.

- Aprovechando la ocasión que le brindaba la trasposición de la 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, la Comisión de Codificación propuso introducir un régimen general, no restringido al Derecho de la competencia, en materia de acceso a las fuentes de prueba, que había de insertarse en un nueva Sección 1^a bis del capítulo V (Título I, Libro II) LEC, relativa al acceso a las fuentes de prueba. Como es conocido, el legislador ha introducido efectivamente dicha sección, pero limitándola a las acciones de daños derivadas de infracciones del Derecho de la competencia.

- En un cierto paralelismo, a mi juicio justificado, con el régimen de las medidas cautelares, la propuesta establecía que, bajo su responsabilidad, todo demandado o quien se proponga demandar, pudiese solicitar las medidas que considerase necesarias para acceder a fuentes de prueba, rompiendo así la tipicidad y rigidez del sistema de las actuales diligencias preliminares, aunque previendo una lista ejemplificativa (sustancialmente coincidente con las diligencias del art.256 LEC) para evitar el así llamado “miedo al vacío”.

- Las diligencias podrían solicitarse antes, con y después de la demanda.

- Las diligencias no se restringían a la exhibición documental, sino que permitían el acceso a cualquier otro tipo de fuente de prueba⁹⁷.

del derecho de la competencia de los estados miembros y de la Unión Europea. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427769696?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Conten>. Un estudio sobre diversos aspectos de esta propuesta puede hallarse en los diversos epígrafes y apartados de GASCÓN INCHAUSTI, F., *Aspectos procesales de las acciones de daños...* op.cit.

97 . Artículo 283 bis a). de la Propuesta: *3. Podrán solicitarse como medidas de acceso a fuentes de prueba todas aquellas que, a juicio del tribunal, permitan a la parte solicitante tomar conocimiento de documentos, medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, informes periciales, testigos,*

- Se extendía el régimen de la LEC en materia de obtención de prueba al procedimiento arbitral, incluso en los casos de que las diligencias se solicitasen a los tribunales españoles en relación con arbitrajes extranjeros⁹⁸.

- Las diligencias permitían una verdadera actividad de investigación, aunque sometiéndola a límites razonables. En efecto el art.283 bis d) de la Propuesta disponía que el solicitante había de *identificar, con la mayor precisión posible, atendidas las circunstancias del caso, las concretas fuentes de prueba a las que pretende acceder o, en su defecto, categorías de pruebas delimitadas por su naturaleza, contenido o fecha. El tribunal denegará en todo caso las solicitudes que supongan búsquedas indiscriminadas de información.* De este modo, el precepto, a la par que trataba de evitar pesquisas generalizadas e irrestrictas, permitía acceder a medios de prueba desconocidos, siempre que pudiese especificarse la naturaleza de las pruebas buscadas, un periodo temporal y algún tipo de concreción respecto de su contenido.

- El solicitante había de justificar la necesidad de las diligencias para la ulterior proposición de medios de prueba, el hecho de no poder obtener la información deseada por sus propios medios sin acudir al auxilio judicial y había de proporcionar, además un principio de prueba del fundamento de su pretensión o defensa.

- Las diligencias solicitadas debían resultar proporcionadas, tras una ponderación de los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados, en el mismo sentido que el actual art.283 bis a.3 LEC.

- Los gastos ocasionados por la adopción de las diligencias corrían a cargo del solicitante, que a su vez respondía de los daños y perjuicios que pudiesen ocasionarse. Y, si la persona frente a quien se solicitaba la diligencia lo pedía, el tribunal podía señalar una caución para responder de los daños y perjuicios. Esta disposición también está prevista en el actual art.283 bis c) LEC.

sujetos que podrían ser interrogados como parte y reconocimientos judiciales.

98 . Cfr. art.283 bis b de la Propuesta.

3. DOS ASPECTOS ADICIONALES PARA CONSIDERAR EN UNA POSIBLE REFORMA: LA CONEXIÓN DE LAS DILIGENCIAS DE AVERIGUACIÓN CON LAS MEDIDAS DE ANTICIPACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE PRUEBA Y LA NECESIDAD DE PRUEBA PLENA EN RELACIÓN CON EL CARÁCTER INJUSTIFICADO DE LA NEGATIVA A COOPERAR.

A mi juicio, entre los presupuestos de adopción de las medidas se echa en falta el de la acreditación de que las fuentes de prueba –sobre todo la documental- se hayan en poder de la persona frente a quien se insta la medida. En el caso de que dicha persona fuese el adversario procesal creo que dicha acreditación debería, además, satisfacer el estándar de la prueba plena y no conformarse con la mera apariencia o probabilidad cualificada. Como señalé más arriba, la plena convicción o certeza del juzgador puede alcanzarse también mediante presunciones judiciales suficientemente sólidas como para concluir que la persona requerida para cooperar está en poder de los documentos o pruebas a las que se pretende acceder.

En efecto, igual que sucede con el actual art.283 bis h LEC, en el art.283 bis m de la propuesta prelegislativa comentada en el epígrafe anterior, la destrucción u ocultamiento de pruebas o cualquier otro modo de impedir (injustificadamente, se entiende) el acceso a las fuentes de prueba, ocasiona muy severas y disuasorias consecuencias a la parte que se muestra poco cooperativa. Concretamente: la declaración como admitidos de los hechos a los que supuestamente se referían las fuentes de prueba; que se tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular; que se desestime total o parcialmente las excepciones o reconvenções que el sujeto afectado por la medida pudiese ejercitar en el proceso principal; o que se le imponga una multa coercitiva que oscilaría entre 600 y 60.000 de euros por día de retraso en el cumplimiento de la medida.

Parece excesivo imponer tan severas consecuencias, por ejemplo, a quien declina presentar un documento, pero no se tiene constancia o certeza plena de que efectivamente lo tiene en su poder, sino que tan sólo existen indicios o elementos que hagan concluir de dicho modo, tal vez con un alto grado de probabilidad. En definitiva: la certeza plena sobre los hechos constitutivos necesaria para estimar la acción debería trasladarse al carácter injustificado de la negativa a cooperar de la contraparte, es decir, al hecho de que ésta conoce la información que de ella se recaba, que los documentos cuya exhibición se reclama se hallan efectivamente en su

poder etc.

Por otra parte, las diligencias de obtención de prueba habrían de quedar debidamente conectadas con las de su anticipación y aseguramiento, reguladas actualmente en los arts.293 a 298 LEC. En efecto, cuando se accede a documentos, es preciso prever la posibilidad de obtener las copias que posteriormente serían aportadas con la demanda; si se pretende interrogar a alguien sobre ciertos hechos tal vez podría interesar conjuntamente una diligencia de anticipación de prueba (en este caso testifical); si se accede a ciertos lugares cerrados puede ser preciso interrogar anticipadamente a la otra parte, a testigos etc. La adopción diligencias de investigación y las referidas anticipación o aseguramiento tienen en la actualidad asignados cauces procesales o modos de tramitación distintos, que pueden dificultar su adopción conjunta y combinada.

4. CONSIDERACIÓN FINAL: REGULAR LA ACTIVIDAD DE AVERIGUACIÓN DE HECHOS Y FUENTES DE PRUEBA NO PRECISA IMPORTAR LOS INCONVENIENTES DEL *DISCOVERY*.

Es en muy buena medida lógico que el legislador vea con cierta aprensión la introducción de un cauce de obtención de prueba no restringido a materias concretas y aplicable a cualquier supuesto en el que un justiciable pueda precisar la práctica de actuaciones de investigación en un proceso civil. La experiencia de los excesos e inconvenientes del *discovery* estadounidense hacen que dichos temores estén más que bien justificados. Existen, sin embargo, ciertos mecanismos para conjurar o minimizar los riesgos que entraña dar cabida en la LEC a la realización de verdaderos actos de investigación de un modo generalizado, en el sentido expuesto en este trabajo. En concreto:

Las peticiones de averiguación pueden resultar desproporcionadas en términos económicos y de sacrificio de otros derechos, como la intimidad etc. La experiencia norteamericana con el *discovery* da fe de los riesgos que entrañan los instrumentos procesales que posibilitan una verdadera actividad de investigación. Dicha desventaja, sin embargo, puede contrarrestarse con un adecuado juicio de proporcionalidad, que ya está previsto en la LEC en relación con las diligencias de obtención de prueba del art.283 bis a y ss. y para cuya determinación el precepto ofrece pautas bien precisas.

Las diligencias de investigación pueden también generar perjuicios a quien las sufre, tales como, muy señaladamente, el descubrimiento de secretos industriales o empresariales, o la revelación de datos que se mantenían en secreto de modo legítimo. Tanto la propuesta de la Comisión de Codificación comentada como las actuales diligencias de obtención de prueba de la LEC contemplan medidas en dicho sentido, dirigidas a proteger la confidencialidad (art.283 bis b LEC), que, debidamente administradas, pueden cumplir la finalidad que se proponen. Y, por lo demás, el art.15 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, establece un importante haz de medidas para preservar la confidencialidad de la información que haya aflorado en el proceso como consecuencia de la revelación del secreto empresarial.

El actual art.283 bis k) LEC prevé, además, un haz de enérgicas sanciones para el caso de incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba. En fin, el establecimiento de una caución, la imposición de costas en caso de peticiones infundadas, la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por la práctica de la diligencia, así como la asunción de los gastos que ésta entrañe por parte del solicitante, son otros elementos que contribuyen a evitar o compensar los menoscabos que la investigación pueda ocasionar.

Una de las causas que más influyen en la excesiva amplitud que con frecuencia caracteriza al *discovery* es el régimen de las costas procesales en los EEUU. Por una parte, rige con carácter general la así llamada *American Rule*, en virtud de la cual cada parte sufraga los honorarios del abogado que asume su defensa, sin que la derrota final comporte la obligación de reintegrar a la parte ganadora las cantidades satisfechas a su abogado en concepto de honorarios (*Attorney's Fees*)⁹⁹. Y por otra, como también expuse más arriba al tratar sobre el régimen del *discovery*, aunque no sin considerables excepciones, las peticiones de investigación en dicha fase procesal son sufragadas por la parte que soporta la medida. En Europa, donde el régimen de las costas es tan diferente, y, en principio, cada parte procesal debe costearse las actuaciones realizadas a su instancia, está ausente o es mucho más reducido el riesgo de que se propongan actuaciones de investigación desmesuradas.

99 . Puede encontrarse una exposición general sobre el régimen de las costas en el proceso civil norteamericano en mi obra *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa (Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia)*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2016, pp. 106 y ss.

A la vista de lo expuesto, me parece muy bien fundada la opinión de Wagner cuando afirma que el gran inconveniente del *discovery* norteamericano no es tanto que permita llevar a cabo una amplia actividad de investigación, sino más bien, que permite llevar a cabo dicha actividad de investigación y obtención de prueba sin sujeción a requisitos más rigurosos, como los ahora referidos¹⁰⁰.

Finalmente, es preciso considerar que, aunque las FRCP han reforzado el requisito de la proporcionalidad en relación con las peticiones de *discovery*, ni su letra ni la jurisprudencia tradicional se han mostrado especialmente rigurosas al exigir una alegación de hechos concluyente ni una seria individualización o especificación del material cuya exhibición se solicita. Este panorama, sin embargo, ha cambiado en gran manera tras algunos importantes pronunciamientos de la Corte Suprema estadounidense que fueron objeto de comentario páginas atrás y que exigen la aportación de un relato concluyente de hechos que permita deducir de modo plausible que las pretensiones del actor tienen visos de prosperar. Este endurecimiento de la fase de alegaciones supone una considerable aproximación entre los Derechos procesales de ambos lados del Atlántico y es una clara demostración de que la actividad procesal de averiguación de hechos y obtención de prueba precisa una rigurosa delimitación de sus presupuestos y límites.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma* (Director: Silva Sánchez. Coordinadora: J.M. Pastor Muñoz, N.), Editorial La Ley/Wolters Kluwer, Madrid 2011.

BANACLOCHE PALAO, J., *Las diligencias preliminares*, editorial Civitas, Madrid 2003.

100 . WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien—Aufklärungspflicht und Weigerungsrechte*, JuristenZeitung (JZ), 14/2007.

BORN, Gary B., *International Civil Litigation in United States Courts. Commentary and Materials*, 3ª edición, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London 1996

BURBANK B./SUBRIN Stephen N, *Litigation and Democracy: Restoring a Realistic Prospect of Trial*, 46 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 399 (Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review), 2011.

CASTRILLO SANTAMARÍA, R., *La preparación del proceso: las diligencias preliminares*, Editorial Bosch Editor, Barcelona, 2018

DALLA BONTÀ, Silvana, cfr. *Todavía sobre la especificidad del acto introductorio del proceso civil en la cultura jurídica estadounidense*, Revista General de Derecho Procesal 28 (2012).

DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., “El problema de los hechos nuevos o de nueva noticia que fundan nuevas causas de pedir”, en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum en homenaje a la profesora Mª Victoria Berzosa Francos*, Bosch Editor, Barcelona 2013.

DODSON, *Pleading Standards After Bell Atlantic Corporation v. Twombly*, 93 Va. L. Rev. In Brief 135 (2007).

FREER, R., *Civil Procedure*, editorial Wolters & Kluwer, 3ª edición, 2012.

FRIEDENTHAL J.H/KANE, M.K/MILLER, A.R, *Civil Procedure*, 5ª edición, West, Saint Paul (Minnesota), 2015.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *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/UE y de la propuesta de ley de transposición*, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo de 2007, vol.9º, Nº 1, pp.125 y ss.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil: entre autonomía y armonización*, editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2018.

GONZÁLEZ GRANDA, P., *La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y a su naturaleza jurídica*. Revista Justicia 2017, pp.132 y ss.

HAYDOCK, Roger S./HERR, David F., *Discovery Practice*, 6ª edición, Wolters Kluwer, 2015.

JAUERNIG, O., *Zivilprozeßrecht*, 24 edición, Múnich 1993.

LEIPOLD D., comentario al § 138 ZPO, marginal 13, en STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22º edición, Editorial Beck, Múnich 2013.

LEPOLD D., *Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess*, en *Festschrift für Gerhardt* (2004).

LÜKE, W., *Zivilprozeßrecht*, 10º edición, editorial Beck, Múnich 2011.

LLORENTE CABRELLES, L.R., *Las diligencias preliminares en el proceso civil*, Valencia 2014, tesis doctoral dirigida por Bellido Penades, R., pp.33 y ss. Accesible en la siguiente dirección electrónica: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/39529/Tesis%20Diligencias%20junio%202014%20-v5%20%2814%20puntos%29%20Tama%C3%B1o%20A4.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

MARCUS, R., *Bomb Throwing, Democratic Theory, and Basic Values - a New Path to Procedural Harmonization?* Northwestern University Law Review (107 Nw. U.L. Rev. 475), 2013.

MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 5ª edición, editorial Civitas, Madrid 2008.

MORÁN BOVIO, D., *Lecciones de Derecho Mercantil*, AAVV (coordinadores JI-MÉNEZ SÁNCHEZ, G.J./DÍAZ MORENO A.), 21ª edición editorial Tecnos, Madrid 2018.

MORENO NAVARRETE, M.A., *La prueba documental estudio histórico-jurídico y dogmático*, editorial Marcial 2001.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Editorial Marcial Pons. Madrid 2004.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa (Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia)*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2016

PERDICES HUETOS, A.B., *Comentarios a la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria*, Primera Edición (Director A. Fernández Buján), Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid 2016, comentario al art.112.

PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Zizur Txikia 2013.

PICÓ I JUNOY, J., *La modificación de la demanda en el proceso civil*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

REDISH, M.H, *Pleadings, Discovery and the Federal Rules: Exploring the Foundations of Modern Civil Procedure*, 64 Fla.L.Rev. 845 (2012).

SCHERPE, Julia Caroline, *Alleviations of Proof in German and English Civil Evidence*, RabelsZ 80 (2016), pp.888-925.

SOLERNOU SANZ, S., Comentario al art.112, p. 713, en *Estudio Sistemático de la Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio*, AAVV (directores F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell, J.A. Torres Lana, M.J. Achón Bruñen), Editorial Dykinson, Madrid 2016.

SPENCER, *Plausibility Pleading*, 49 B.C.L. Rev.431, 431 (2008)

STADLER, A., *Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung: erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozessrechtsreform*, für Kostas Beys, Tomo. 2, pp.. 1632 y ss, Atenas, 2003.

STÜRNER R., *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 44)*– Tübingen 1976

SUBRIN, N.S./MINOW, M.L./BRODIN M.S./MAIN, T.O./LAHAV A.D., *Civil Procedure, Doctrine, Practice and Context*, Wolters & Kluwers, Frederick (Maryland), 4ª edición, 2012.

VALLINES GARCÍA, E., *La preclusión en el proceso civil*, editorial Civitas, Madrid 2004.

WAGNER, G., *Urkundenedition durch Prozeßparteien–Aufklärungspflicht und Weigerungsrechte*, JuristenZeitung (JZ), 14/2007

WRIGHT, C.A./KANE, M.K., *Law of Federal Courts*, West, St Paul (Minnesota), 7ª edición, 2011.

ZEKOLL, J./HAAS G.A, *Ausweitung ohne Ausforschung –zur Urkundenvorlagepflicht nach § 142 ZPO*. JuristenZeitung (JZ) 23/2017.

CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO PROBATORIO¹⁻²

PROBLEMATIC ISSUES OF EVIDENCE LAW

JOAN PICÓ I JUNOY

Catedrático de Derecho Procesal

Universitat Pompeu Fabra

joan.pico@upf.edu

SUMARIO:

I. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO PROBATORIO. 1. Introducción. 2. Las nuevas tecnologías como fuentes de prueba. Problemas que plantean y soluciones. 3. Las nuevas tecnologías como instrumentos al auxilio de los tradicionales medios de prueba: (a) La neurociencia; (b) Los algoritmos de micro-expresiones faciales. II. LIBERTAD CONTRACTUAL Y DERECHO PROBATORIO. 1. El nuevo fenómeno de privatización del proceso civil y sus límites constitucionales. 2. Alcance limitado de los pactos procesales probatorios.

1 Este estudio recoge parte de la Ponencia General que con el título “Current situations and problems regarding new types of evidence” presenté en el “XVI World Congress on Procedural Law” de la *International Association of Procedural Law*, celebrado en Kobe (Japón) del 2 a 5 de noviembre de 2019. Para su redacción he contado con la inestimable ayuda de las ponencias nacionales que me presentaron los profesores N. Lösing (Alemania); L. Giannini (Argentina); P. Taelman y W. Vandebussche (Bélgica); D. Guimaraes Ribeiro (Brasil); C. Piché y V. Gautrais (Canada); G. Zhiyuan (China); M. Bustamante, A. Mazuera, D. Agudelo, L. Pabón, L. Toro y O. Vargas (Colombia); Prof. A. Uzelac (Croacia); J.A. Andino, F. Ramos-Romeu y Y. Ríos (España); C. Bléry y J.P. Teboul (Francia); V. Harsági (Hungria); H. Mohseni y M. Elsan (Iran); J. Sorabji (Inglaterra y Gales); A. Dondi y P. Comoglio (Italia); H. Tega (Japón); C. Gómez Fröde (Méjico); A. Nylund (Noruega); G. Priori y R. Pérez-Prieto (Perú); K. Flaga-Gieruszyńska y A. Klich (Polonia); A.P. Costa e Silva y L. Ruivo (Portugal); R. Baboolal-Frank (Sudáfrica); J.W. Park (Corea del Sur); K.L. Shen (Taiwan); S. Pereira y M. Virginia (Uruguay); y D. Capra (USA). Quisiera agradecer también al profesor R. Marcus por su estudio “US experience with the challenges of electronic evidence”. La ponencia completa se publicará con el título “The new challenges of evidence law in the fourth industrial revolution” en el libro *Technology, the Global Economy and other New Challenges for Civil Justice*, editor Koichi Miki, edit. Intersentia, Cambridge (2020, en prensa).

2 El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D “Hacia una nueva configuración de la pericial judicial” (DER2016-7549-P), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y en el Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado “Evidence Law” de la AGAUR.

RESUMEN:

En el presente estudio se analizan algunas de las cuestiones problemáticas más actuales del derecho probatorio, como las repercusiones de las nuevas tecnologías en el ámbito del derecho probatorio, los pactos procesales probatorios, y la interacción entre la independencia judicial y la independencia del perito.

PALABRAS CLAVE: derecho probatorio, nuevas tecnologías, pactos procesales probatorios, independencia del perito

ABSTRACT:

In this paper we analyze the most current problematic issues of evidence law, such as the impact of new technologies in the field of evidence law, procedural pacts on evidence matter, as well as the interaction between judicial independence and the expert's independence.

KEYWORDS: evidence law, new technologies, procedural pacts on evidence matters, expert's independence

I. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO PROBATORIO

1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías están presentes en todos los actos de nuestra vida cotidiana. Estamos en plena Cuarta Revolución Industrial, y el derecho probatorio no es ajeno a esta realidad social.

Estas nuevas tecnologías pueden incidir en el derecho probatorio de dos formas distintas: (a) como mecanismos de reproducción de la realidad susceptibles de formar la convicción judicial, esto es, como nuevas fuentes

probatorias; y (b) como instrumentos de auxilio de los tradicionales medios de prueba en la medida en que se presentan como herramientas susceptibles de verificar el resultado de las pruebas de interrogatorio de las partes, testigos y declaraciones de peritos.

2. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO FUENTES DE PRUEBA. PROBLEMAS QUE PLANTEAN Y SOLUCIONES

La Cuarta Revolución Industrial en la que nos encontramos se caracteriza por el uso masivo de las nuevas tecnologías y su intervención en casi todos los actos del hombre. Todo ello constituye una inmensa fuente de elementos probatorios que pueden utilizarse en un proceso judicial. Estas nuevas fuentes de prueba se hallan especialmente en cuatro ámbitos de la sociedad:

a) En la forma de relacionarse las personas, mediante el uso continuo de las redes sociales como Facebook (con más de 2.200 millones de usuarios), Youtube (con 1.900 millones de usuarios), WhatsApp (con más de 1.500 millones de usuarios), Messenger (con 1.300 millones de usuarios); Twitter (con 350 millones de usuarios) o LinkedIn (con 260 millones de usuarios)³; y el almacenamiento y transmisión de todo tipo de información, datos o contenidos *online* en alguno de los muchos espacios virtuales que hay en el mercado como Google Drive, Dropbox, WeTransfer, Mega, Box, OneDrive, Dataprius, CloudMe, HubiC, Degoo, MediaFire, Weflio Drive, Filesharing24, PlusTransfer, Wimi, etc. Todos estos conceptos han pasado a formar parte de nuestro vocabulario habitual;

b) En la contratación electrónica, especialmente con el desarrollo vertiginoso de grandes empresas multinacionales dedicadas al comercio electrónico de cualquier tipo de producto o servicio, como las estadounidenses Amazon o Ebay; las chinas Alibaba o Tencent, la japonesa Rakuten; o las europeas Vente Privee o Zalando. El auge de la contratación electrónica por internet hace que la facturación del volumen de negocio *online* se acerque cada día más al tradicional en papel;

c) En la interconexión directa de los instrumentos electrónicos habituales en la vida de los ciudadanos a través de internet, esto es, internet de las cosas (IoT). Diferentes estudios indican que hoy en día hay 30.000 millones de

3 Datos obtenidos de <https://marketing4ecommerce.net/cuales-redes-sociales-con-mas-usuarios-mundo-2019-top/> (fecha de consulta: 17 de febrero de 2020).

dispositivos electrónicos conectados a Internet al objeto de ofrecer servicios y aplicaciones inteligentes útiles para el confort de la sociedad (y esta cifra se duplicará en poco tiempo, hasta llegar a los 75.000 millones en 2025)⁴. Este continuo incremento de IoT está favoreciendo el increíble auge de los *smart contracts* en los que las cosas interactúan autónomamente, esto es, sin intervención directa de las personas, en función del programa para el que han sido desarrollados⁵. Sin embargo, los 43 relatores nacionales que colaboran en este estudio destacan que en sus jurisdicciones todavía no se han planteado problemas probatorios respecto de los *smart contracts*; y

d) En la forma de comunicarse las personas, sustituyendo las palabras por símbolos o figuras (*emojis* o *emoticons*) que, como destaca GOLDMAN, también tienen su repercusión probatoria pues cada vez es más frecuente en los tribunales la admisión de dichas figuras para probar los hechos que simbolizan⁶.

Lo primero que debemos destacar es que estamos ante una materia en la que, otra vez más, la tecnología va por delante de las leyes, por lo que la práctica de los tribunales intentar afrontar los nuevos problemas tecnológicos con los instrumentos legales clásicos. En este trabajo solo vamos a referirnos a las cuestiones probatorias, por lo que no entraremos a examinar, por ejemplo, la gestión telemática de los procesos o los tribunales electrónicos, o cualquier otra materia que exceda del ámbito estrictamente probatorio.

En materia probatoria, en todos los países se plantean problemas similares y muy complejos. Estamos acostumbrados a probar los hechos físicos que resultan fácilmente constatables en la medida en que están en

4 Ver https://www.researchgate.net/figure/Internet-of-Things-IoT-connected-devices-from-2015-to-2025-in-billions_fig1_325645304 (fecha de consulta: 12 de enero de 2020).

5 Un *smart contract*, siguiendo el concepto de su propio creador SZABO (1996, 2016) es el conjunto de obligaciones, especificadas en forma digital, que incluyen los protocolos de actuación dentro de los cuales las partes cumplen automáticamente sus obligaciones (cfr. <http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf> –fecha de consulta: 12 de enero de 2020-). Su campo de actuación es inmenso: así, por ejemplo, en diciembre de 2016, la *Chamber of Digital Commerce* -la asociación comercial más grande del mundo que representa la industria digital y de *blockchain*, con sede en Washington, D.C., en el documento “Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond” describe doce ejemplos de *smart contracts* para ámbitos tan amplios como identificaciones digitales de las personas, financiación del comercio, gestión de valores, servicios post-comercio, registros de datos financieros, transacciones bancarias e hipotecas, transmisiones de propiedades, cadenas de suministros de cualquier tipo, seguros de automóviles, ensayos clínicos, etc.

6 GOLDMAN, E. (2018).

soporte papel, pero todo ello se hace mucho más difícil cuando estamos ante lo que podemos denominar “hechos electrónicos o digitales” (entendiendo por “hecho electrónico” aquel que se realiza de manera virtual o no física, esto es, básicamente a través de Internet). Por ello, el proceso civil tradicional debe adaptarse rápidamente a estos nuevos retos tecnológicos.

Vamos a intentar descubrir cómo está empezando a afectar el mundo tecnológico al ámbito de la prueba judicial, y cuál es el futuro que nos espera. Y se procurará resolver los interrogantes que habitualmente se plantean en todos los tribunales del mundo y que no siempre tienen fácil solución: ¿Cómo accede un dato electrónico al proceso? ¿Qué límites hay en el control de los datos electrónicos? ¿Cómo se impugnan y verifican? ¿Qué precauciones han de tomarse para conservar datos electrónicos? ¿Cuándo es necesario un peritaje informático?, etc.

Cuando las pruebas no están en el mundo real, sino en el virtual o digital, se complica muchísimo su búsqueda y aportación al proceso. Los citados ámbitos de la sociedad en los que las nuevas tecnologías se han desarrollado especialmente, tienen una regulación normativa similar en todo el mundo: las redes sociales y la contratación electrónica tienen su propia regulación en todos los estados democráticos; e IoT suele estar huérfana de una regulación específica en casi todos los países.

Hay dos grandes problemas que suelen estar presentes en la prueba de los hechos electrónicos o digitales, que son realmente preocupantes: la posible intromisión en la vida privada o esfera más íntima de las personas para lograr acceder a tales hechos, precisamente, porque se mantienen en un ámbito cerrado de privacidad; y la facilidad de manipulación o alteración de su contenido.

Respecto del primer problema, es cierto que la tecnología ha abierto ciertos ámbitos de la esfera íntima de las personas que, con anterioridad, se mantenían privados (así, por ejemplo, puede vulnerarse el derecho al honor, a la imagen o a la intimidad a través de noticias transmitidas mediante redes sociales; pueden exponerse públicamente determinados hechos de contenido familiar, personal o íntimo en un WhatsApp o un SMS; o mediante IoT se puede entrar en el interior de una vivienda a través de cualquier dispositivo que se encuentre en ella y esté conectado a internet). Este mundo tan interconectado digitalmente tiende a “despersonalizar” las relaciones sociales, esto es, a olvidar que detrás de cada uno de los

“hechos electrónicos” hay personas cuyos derechos fundamentales deben ser siempre respetados (en especial, el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones, y el derecho a la protección de datos personales, entre otros). En consecuencia, el peligro más importante a evitar es que en la búsqueda y obtención de la prueba del “hecho electrónico” se vulnere un derecho fundamental. Y en este sentido, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han tenido ocasión de destacar que en la prueba de los hechos no todo es admisible, siendo uno de sus límites más estrictos el de la ilicitud o ilegalidad en su obtención. Para luchar de la forma más eficaz posible contra este problema es básico que la ley declare con toda rotundidad que cualquier elemento probatorio logrado con vulneración de un derecho constitucional, tanto en el mundo real como el virtual, deberá inadmitirse como prueba en un proceso judicial (y de hecho, en la mayoría de las legislaciones internacionales existe jurisprudencia y normas de exclusión probatoria referentes a las pruebas ilícitamente obtenidas).

Y el segundo problema es el de la facilidad de manipulación del contenido de una red social, un mensaje de e-mail o un documento electrónico. Aunque parezca increíble, es mucho más fácil alterar el contenido de un documento tecnológico que el clásico documento en papel, y así, por ejemplo, respecto de un e-mail, sin necesidad de mucha experiencia es posible modificar su contenido o el destinatario del mismo, así como no parece complicado en una página “html” modificar el código fuente de dicha página y luego imprimirlo, dando la impresión de que el documento así reproducido es el mismo que se encuentra en línea⁷. Sin embargo, estos problemas se superan en la mayoría de los países mediante el uso de algunas herramientas tecnológicas (como la certificación digital a través de empresas de certificación autorizadas públicamente para emitir dicha certificación), diversas prácticas legales (ya sea a través del uso de diferentes tipos de testimonios –especialmente a través de instituciones dedicadas a intermediar en la comunicación entre empresas-, o la redacción de políticas o protocolos de actuación a las que deben sujetarse las partes contratantes), o a través de un peritaje informático.

Una vez resueltos estos dos problemas, la pregunta que inmediatamente debemos hacernos es: ¿Todas estas nuevas fuentes de prueba digitales pueden introducirse en el proceso a través de los “clásicos” medios

7 PICHÉ y GAUTRAIS (2019).

probatorios?

Siguiendo los tres ámbitos de la sociedad en los que se han desarrollado mayoritariamente las nuevas tecnologías, expuestos anteriormente, los “hechos electrónicos” pueden introducirse en el proceso de la siguiente manera⁸:

a) Con referencia a las redes sociales, su acceso como prueba al proceso puede tener lugar, básicamente, a través de:

- La prueba documental privada: normalmente los datos digitales suelen imprimirse y aportarse como documentos sin que haya habido problema alguno en su admisión probatoria, y ello tanto si constan en un correo electrónico⁹, en una red social¹⁰, en un WhatsApp¹¹, o figuran en la simple imagen de un “pantallazo”¹². Además, es perfectamente admisible que una parte requiera a la otra la aportación documental de los mensajes cruzados de manera telemática¹³, entrando en juego el deber de colaboración entre las partes y la posible *ficta admissio* del contenido del documento en caso de negativa injustificada a aportarlo (prevista en el art. 329.1 LEC).

- La prueba documental pública: en ocasiones puede acudir a un fedatario público (especialmente a un notario) para que visualice un WhatsApp o acceda a determinada red social al objeto de que, en un acta de constatación de hechos, deje fiel reflejo de su contenido para su posterior aportación al proceso¹⁴. En este punto, debemos ir con suma cautela dada la facilidad de manipular los datos electrónicos que se presentan al fedatario público (tales como efectuar copias fidedignas de páginas web; alterar la identificación del emisor y destinatario de un e-mail, o la fecha en que se

8 En la bibliografía española encontramos interesantes estudios sobre esta materia, como los de ABEL LLUCH (2019), AGUILAR GUALDA (2019), ARRABAL PLATERO (2019), DELGADO MARTIN (2019, 2018, 2015); FUENTES SORIANO (2019, 2018), SANCHEZ RUBIO (2019), GARCIMARTÍN MONTERO (2018); RICHARD GONZÁLEZ (2017), SANTOS MARTÍNEZ (2017), BUENO DE MATA (2014), ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY (2011) o PÉREZ GIL (2010), entre los más recientes.

9 Cfr. la SAP de Barcelona, sec. 18ª, 795/2015, de 5 de noviembre; o la SAP de Madrid, sec. 22ª, 1050/2015, de 10 de diciembre.

10 Cfr. la STS 300/2015, de 19 de mayo.

11 Cfr. la STS 115/2016, de 1 de marzo, o la SAP de Madrid, sec. 27, 702/2015, de 24 de noviembre.

12 Cfr. la STS 300/2015, de 19 de mayo, o la SAP de Madrid de 24 de mayo de 2007.

13 Cfr. la SAP de Sevilla de 13 de marzo de 2008.

14 Cfr. la SAP de Alicante de 13 de noviembre de 2008.

realizó el mensaje electrónico).

- Los instrumentos de archivos digitales tales como un USB o *pendrive*, un CD, etc¹⁵⁻¹⁶;

- El interrogatorio de las partes o de los testigos: a través de sus declaraciones se puede arrojar luz respecto de los contenidos publicados en una red social o la verdadera participación de la parte en la misma (no olvidemos que, con cierta frecuencia, hay suplantaciones de identidad en las comunicaciones que se producen en las redes sociales), o el contenido de los documentos electrónicos que hayan sido impugnados judicialmente, como puede suceder con un e-mail¹⁷. En este punto, debo destacar la existencia en el mercado de empresas (terceros de confianza) encargadas de actuar como intermediarias en toda la contratación electrónica y que, en caso de litigio, pueden intervenir en el proceso aportando documentos o declarando como testigos¹⁸.

- Y el dictamen pericial informático: mediante esta prueba se puede acreditar la posible alteración de los datos que figuran en una red social, la manipulación de un e-mail y, en general, adquirir certeza respecto de la autenticidad de los hechos reflejados electrónicamente¹⁹. Pese a la rotundidad con que se pronuncia cierta jurisprudencia²⁰, no siempre es necesario aportar este dictamen pericial para dar credibilidad al dato electrónico²¹; y su simple impugnación judicial no comporta la exigencia de tener que aportarse al proceso un dictamen pericial informático, pues

15 Cfr. STS –Sala 4ª- de 16 de junio de 2011; la SAP de Barcelona 2 de julio de 2007; o el AAP de Barcelona de 4 de noviembre de 2008, entre otras muchas resoluciones judiciales.

16 En algunos países estos instrumentos se consideran, a efectos probatorios, como documentos; mientras que en otros tienen su propia regulación autónoma. Curiosamente en España si bien tienen una regulación autónoma (arts. 382 a 384 LEC), ésta es muy similar a la propia de la prueba documental.

17 Cfr., respecto al contenido de una red social, la STS 300/2015, de 19 de mayo; y de los e-mails, la SAP de Segovia de 31 de julio de 2008; o la SAP de Zaragoza de 14 de enero de 2005.

18 Así, vid. el Reglamento (UE) n ° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

19 Cuestión distinta son los numerosos problemas que deben superarse en la práctica judicial, que se inician en la elección de la titulación exigible al perito, los que se originan en la correcta obtención del objeto a peritar y su posterior no contaminación en la “cadena de custodia”, costes, etc. Para el tema vid. PUIG FAURA, S. (2015).

20 Así, por ejemplo, vid. la STS (Sala 2ª) 300/2015, de 19 de mayo.

21 En este sentido, vid. las SSTs 375/2018, de 19 de julio; o 754/2015, de 27 de noviembre.

para ello deben explicitarse argumentos razonables, explicaciones serias, o cualquier dato o elemento que dote de cierta verosimilitud a dicha impugnación²².

b) Respecto a la contratación electrónica, cada país suele tener su propia normativa reguladora de la firma electrónica, por lo que deberemos acudir a estas regulaciones nacionales para conocer los diferentes tipos de firma electrónica, su valor probatorio y su impugnación en el proceso²³. Además, debo destacar la existencia en el mercado de empresas encargadas de actuar como intermediarias en toda la contratación electrónica para que, en caso de litigio, puedan intervenir en el proceso aportando documentos o declarando como testigos. De igual modo, la propia declaración de las partes es fundamental para conocer su verdadera voluntad negocial.

c) Y finalmente, por lo que hace referencia a IoT, será fundamental la intervención del programador que intervino en las diversas fases de creación

22 Cfr. la STS (Sala 2ª) 375/2018, de 19 de julio; o la SAP de Madrid 583/2017, de 18 de octubre. En doctrina vid. el reciente estudio de FUENTES SORIANO y ARRABAL PLATERO (2019).

23 En el caso español, esta regulación se materializa en:
a) la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, cuyo art. 3 establece: “[...] 4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel [...]. 7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable [...]. 8. El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica. La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación [...]. Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”; y
b) La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, cuyo art. 23.1 establece: “1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”; y el art. 24 prevé: “1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. 2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”.

y desarrollo del *smart contract*, la declaración que la persona solicitante de dicho contrato, así como la prueba pericial informática para verificar la corrección de los datos aportados por las partes y el citado programador.

En conclusión, como podemos comprobar, los medios tradicionales de prueba todavía sirven para aportar al proceso las nuevas fuentes probatorias digitales que aparecen en las redes sociales, en la contratación electrónica o en mundo de IoT. Y esta es la respuesta que a nivel mundial está dándose en todos los países.

3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO INSTRUMENTOS AL AUXILIO DE LOS TRADICIONALES MEDIOS DE PRUEBA: (A) LA NEUROCIENCIA; Y (B) LOS ALGORITMOS DE MICRO-EXPRESIONES FACIALES.

Como indiqué en la introducción de este estudio, las nuevas tecnologías pueden ser instrumentos de auxilio de los tradicionales medios de prueba en la medida en que se presentan como herramientas susceptibles de verificar el resultado de las pruebas de interrogatorio de las partes, testigos y declaraciones de peritos.

Nos planteamos aquí la posibilidad de si es posible controlar, por vías tecnológicas, la veracidad o mendacidad de las declaraciones judiciales de los propios litigantes, los testigos y los peritos. Y en concreto, nos centramos en la neurociencia y los algoritmos de micro-expresiones faciales²⁴.

(a) La neurociencia

La neurología parece ofrecer mecanismos capaces de medir la verdad o la mentira de dichas declaraciones como, por ejemplo, mediante las imágenes de resonancia magnética –fMRI-. Sin embargo, lo cierto es que, en la actualidad, la doctrina es muy crítica sobre la eficacia o validez científica de dichos mecanismos.

Desde la neurociencia, día a día, se están aportando nuevas técnicas dirigidas a evidenciar los cambios neuronales del cerebro humano con la ayuda de sofisticadas técnicas de imágenes cerebrales que permiten mostrar

24 Soy consciente de que se están intentando otras vías tecnológicas para alcanzar el mismo objetivo como, por ejemplo, las ondas cerebrales, en especial, la técnica denominada “P300”, para los que me remito a los trabajos de VILLAMARIN LÓPEZ (2014, 86-97 y 113-118) o LIBANO BERISTAIN (2015, 239-266).

concretas regiones cerebrales que ejecutan una función determinada²⁵. No obstante, actualmente nos encontramos con limitaciones empíricas importantes sobre la fiabilidad de estas pruebas científicas de detección de la mentira²⁶. Y aunque fuese cierta la posibilidad de detectar cuál es la zona cerebral que tiene por función responder a un interrogatorio, esto es, de modo científico, se pudiera determinar cuándo el declarante está faltando a la verdad conscientemente, se abren múltiples interrogantes, pues es posible que el declarante:

a) mienta pero tenga capacidad de control de sus propios estímulos emocionales –innata o adquirida- que evite la activación de la región cerebral de la matriz de la mentira y, en consecuencia, ésta no sea detectada;

b) no mienta pero se active la región cerebral que determina el estímulo de la mentira porque su sistema nervioso se ha alterado sobremanera (por ejemplo, al estar declarando respecto a hechos de carácter íntimo, o sobre los que ha mantenido ocultos durante tiempo y quería seguir manteniéndolos así, o con referencia a los que cree que le pueden traer consecuencias especialmente perjudiciales de cualquier tipo -afectivas, personales, profesionales, económicas, etc.-);

c) mienta y esté diciendo la verdad, por ejemplo, porque la mentira se fundamenta en un conocimiento erróneo de los hechos²⁷;

d) e incluso es posible que diga la verdad ante hechos que formalmente aparezcan como falsos. Tuve ocasión de participar en un caso real en el que unas imágenes radiológicas demostraban una situación en la que

25 En este sentido, vid. ya GREELY y WAGNER (2011) y PARDO y PATTERSON (2010).

26 Así, por ejemplo, suele argumentarse que no todos los cerebros humanos son iguales; que los experimentos todavía son escasos; y que en muchos casos la presunta matriz de la mentira se asocia también a otras actividades cognitivas que van más allá de la mentira -cfr. PARDO y PATTERSON (2010, 1228, nota 95)-. Igualmente críticos se muestran PICÓ I JUNOY (2013, 91-92), VILLAMARIN LÓPEZ (2015, 112-113), NIEVA FENOLL (2018, 89-90) y JULIA PIJUAN (2020, 174-187).

27 Para simplificar esta afirmación me basta el siguiente ejemplo, supongamos que el Sr. A cree que la Tierra es plana, es decir, para él la afirmación de que la Tierra es plana (1) es verdadera. Ahora supongamos que el Sr. A miente al Sr. B, y le dice que la Tierra tiene forma esférica (2). En este caso, la afirmación 1 es verdadera y la 2 es falsa; pero el Sr. A ha mentado al Sr. B y le ha dicho una mentira que, curiosamente, es una verdad. Es una verdad que se fundamenta en un conocimiento erróneo de la realidad de los hechos. El Sr. A miente -pues dice lo contrario de lo que cree- pero al estar equivocado (creer algo erróneo), le lleva a decir la verdad mintiendo (ejemplo obtenido de <http://filosofia.laguia2000.com/creencias/sobre-verdad-y-mentira>; fecha de consulta: 13 de febrero de 2020).

objetivamente era lógico pensar en la existencia de dolor cuando, en realidad, éste nunca había existido²⁸: se trataba de una mujer anciana, de 89 años, en la que tras un atropello tuvo que ser intervenida quirúrgicamente para colocarle un clavo endomedular por una fractura pertrocantérea en la cadera derecha. En el seguimiento realizado tras la operación, la paciente, a pesar de que la fractura radiológicamente estaba consolidada, declaraba un fuerte dolor de la cadera derecha durante y tras la rehabilitación, que nunca había tenido antes del accidente, y respecto del cual el doctor de la compañía aseguradora del causante del accidente entendía que ya existía con anterioridad debido a la existencia de una coxartrosis visible en las radiografías previas a la operación. En este caso, la compañía aseguradora se negó a indemnizarla por el dolor (y su tratamiento posterior -que podía comportar, por ejemplo, una nueva intervención quirúrgica para una artroplastia o implantación de una prótesis total de cadera-) debido a que la artrosis es una patología degenerativa no atribuible a un traumatismo (y de hecho, como he indicado, ya se percibía en las imágenes radiográficas prequirúrgicas). Si bien es cierto que las radiografías mostraban la existencia de artrosis, que habitualmente causa dolor, en la comparecencia de la medida cautelar se probó que la anciana nunca se había quejado del dolor en esa zona²⁹, por lo que se determinó que el accidente fue el desencadenante del dolor, motivo por el cual la compañía aseguradora fue obligada a pagar la intervención quirúrgica requerida por la anciana³⁰.

En definitiva, todas estas situaciones nos llevan a debates mucho más profundos, como el de la dicotomía entre cerebro y mente, esto es, a si es posible que exista mente más allá del mero elemento fisiológico del cerebro, por lo que el estudio de este órgano humano –por muy profundo y

28 Estas imágenes pueden verse en PICÓ I JUNOY (2019-1, 550-551).

29 Como se acreditó, entre otras pruebas, mediante la declaración de su médico de familia y un certificado de su historial médico en la que no aparecía ninguna prescripción medicamentosa que guardase relación con el dolor de la cadera, ni ningún ingreso en servicios hospitalarios de urgencia por esta causa.

30 De igual modo, el trabajo de GREELY y WAGNER (2011, 809) destaca la existencia de estudios por imágenes computarizadas en los que se demuestra que las personas pueden ser hipnotizadas para sentir dolor sin que exista ningún estímulo externo doloroso y, a pesar de ello, se active la “matriz del dolor”, por lo que dichas imágenes cerebrales responderán a una realidad falsa de los hechos. Y también podemos pensar en el amputado en una extremidad con dolor de miembro fantasma que declara tener dolor en su extremidad ausente. En este caso, efectivamente es posible que el declarante diga la verdad, esto es, no esté mintiendo, pero ello no coincide con algo que es objetivamente cierto, a saber, que no existe la extremidad de la cual dice partir el dolor que sufre. Como se puede comprobar, en ambos casos, la máquina podrá detectar que el declarante no miente –porque el dolor existirá como percepción subjetiva de la persona afectada- aunque el hecho del origen del dolor es manifiestamente falso.

detenido que sea- parecería ser incapaz de detectar la mente del declarante, pero todo ello excede del objetivo del presente estudio³¹. En todo caso, la hipótesis de que es posible detectar mediante imágenes cerebrales cuándo una persona está mintiendo sigue siendo rebatida en multitud de estudios científicos, por lo que es lógico seguir reflexionando sobre la admisibilidad probatoria de dichas imágenes cerebrales para determinar la mayor o menor credibilidad de las declaraciones judiciales de las partes, testigos y peritos.

En las experiencias del derecho comparado, partiendo de que en ningún país se prevé expresamente una regulación sobre este punto, lo que demuestra que el desarrollo tecnológico va siempre por delante del desarrollo normativo, existe una respuesta muy dispar³²:

a) hay países en los que no se permite su uso, y para ello se formulan muy diversas razones: la falta expresa de previsión normativa, lo que induce a la praxis judicial a no admitirlo –como sucede en Inglaterra, Gales o China-; la expresa prohibición en las leyes de enjuiciamiento –este es el caso, por ejemplo, del Código Procesal Civil japonés-; la desconfianza sobre su fiabilidad (*reliability*) o la falta de carácter científico de estas nuevas tecnologías –esta es la experiencia judicial de USA, Inglaterra y Gales-; o la expresa previsión legal de que el control de la veracidad de los testigos, las partes o peritos se confía en exclusiva al juez o al jurado, quienes con la cuidadosa valoración de la prueba deben llegar al libre convencimiento de dicha veracidad, sin que nada pueda interferir en su libertad de valoración probatoria; y

b) hay países en los que se admite el uso probatorio de las fMRI con determinadas condiciones, por ejemplo, siempre que ello se deba a la propia voluntad de quien desea someterse a estas nuevas tecnologías y no haya un trato denigrante contra su dignidad humana –y así se conocen distintos supuestos jurisprudenciales en Alemania o Perú-. En todo caso, se considera que la ley, al remitirse a la libre valoración judicial de las pruebas, le otorga al juez un amplio margen de discrecionalidad para admitir y valorar cualquier elemento probatorio que estime útil para formar su convicción sobre los hechos litigiosos –como sucede en Taiwán o Ecuador-. Además, hay países en los que abiertamente se admiten las nuevas tecnologías en

31 Al respecto, vid. PARDO, M. y PATTERSON, D. (2010, 1218-1220); NIEVA FENOLL, J. (2013, 169-171) y el reciente estudio de JULIA PIJUAN (2020, 45-83 y 100-110).

32 Vid. PICO I JUNOY (2019-1, 554-558).

el ámbito judicial debido al convencimiento general a favor de su eficacia y autenticidad, y a que el uso generalizado que de los mismos efectúa la Administración induce a confiar en todos los avances tecnológicos –como es el caso de Noruega-. Ello comporta que, en el caso de que una parte denuncie la mendacidad en la declaración de la parte contraria o de los testigos, *prima facie*, pueda usarse cualquier medio tecnológico válido para descubrirla.

Sin embargo, lo cierto es que en la mayoría de los países no se ha planteado la problemática aquí expuesta debido a que no existen reglas legales o jurisprudencia sobre el tema. En España, a falta de una norma que prohíba el uso de la fMRI para detectar la mendacidad en la declaración judicial de los testigos, partes o peritos, no debería haber obstáculo para su admisión siempre que se cumplan las siguientes tres condiciones: (a) que haya sometimiento voluntario de la persona declarante; (b) que se realice siguiendo las pautas que marca la comunidad científica, debiéndose documentar en un informe pericial, que deberá poder ser contradicho por la parte contraria; y (c) que se respete la libre valoración judicial de toda la prueba, esto es, tanto la que se deriva de la propia declaración sometida a fMRI como la del informe pericial, pues al encontrarnos ante un mecanismo no totalmente fiable debe dejarse un margen de discrecionalidad en la valoración del juez. Como es bien sabido, esta libertad de valoración no supone, en ningún caso, la arbitrariedad judicial sino todo lo contrario, la necesidad de motivar los resultados de la prueba en la sentencia, pues solo así se permite al justiciable conocer la verdadera razón del porqué de dicha sentencia. En todo caso, se plantea aquí un problema de difícil solución respecto de los países con jurado (básicamente los del *common law*) pues el enjuiciamiento de los hechos lo realiza el jurado y de forma no motivada, por lo que cabe el peligro ya apuntado por DAMASKA de que el perito venga a sustituir la función del juez³³, esto es, que algo no fiable (la opinión experta de la fMRI) condicione indebidamente algo que pertenece en exclusiva al jurado, como es el otorgar mayor o menor credibilidad a las personas que declaran ante él³⁴.

(b) Los algoritmos de micro-expresiones faciales

33 DAMASKA, M. (1997, 151).

34 Lo que conduciría a su rechazo. Ello es lo que, como hemos visto, sucede en los USA, donde la Corte Suprema y los tribunales federales no admiten la fMRI, incluso aunque fuese fiable, porque es responsabilidad del jurado evaluar la credibilidad de los testigos y partes (PICÓ I JUNOY, 2019-1, 554-555).

Las nuevas tecnologías nos ofrecen otra posible forma de verificar la veracidad o mendacidad de la declaración de una persona: se trata de los algoritmos referentes a sus micro-expresiones faciales.

En la actualidad existe una parte de la psicología clínica que considera que es posible detectar cuándo una persona miente a través de sus micro-expresiones faciales³⁵. Partiendo de los estudios de Higgard e Isaacs, siguiendo por los trabajos de Paul Ekman así como los de Porter y Brike, y acabando por los más recientes de Matsumoto, figura destacada en el campo de las micro-expresiones faciales, puede llegarse a la conclusión teórica de que existen determinadas zonas de la cara que, debidamente analizadas, permiten saber cuándo una persona miente o dice la verdad³⁶. Para estos autores, cuando las emociones se expresan espontáneamente, las mismas expresiones faciales y movimientos musculares aparecen en el rostro, y esto parece deberse al hecho de que estas expresiones faciales están bajo el control neural de dos áreas distintas del cerebro, una de ellas controla los movimientos voluntarios y la otra los involuntarios. En consecuencia, si una persona trata de controlar sus expresiones, ambos sistemas se involucran en un conflicto neuronal por el control de la cara, lo que produce una expresión facial muy breve que se denomina “micro-expresión”, imperceptible a simple vista, pero controlable a través de la reproducción a velocidad muy lenta de la grabación del rostro humano³⁷. Basándose en distintas zonas fáciles en las que supuestamente se manifiesta la “micro-expresión” de la mentira, determinadas empresas, aplicando un algoritmo –que no revelan-, son capaces de elaborar informes periciales que se utilizan ante los tribunales como prueba para dar mayor o menor credibilidad a la declaración de una determinada persona³⁸. Y en ocasiones en España se han admitido como prueba estos informes de expertos³⁹.

35 Al respecto, vid. PICÓ I JUNOY, J., DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. y ANDINO LÓPEZ, J.A. (2019-2).

36 Para el estudio de esta doctrina vid. MATSUMOTO, D. y HWANG, H. C. (2018).

37 Estas “micro-expresiones” faciales serían tan efímeras que solo tienen una duración entre 0.04 y 0.20 segundos (cfr. MATSUMOTO y HWANG, 2018, 3-4).

38 Especialmente en el campo del derecho de familia cuando intervienen menores debido a la facilidad de manipular sus verdaderos sentimientos; y en el ámbito del proceso penal por delitos de violencia de género, ya que aquí suele haber solo dos declaraciones contradictorias: la de la víctima y la del acusado.

39 Con carácter general favorable a la libertad del juez para valorar los gestos o conductas de las partes, la STS (Sala 2ª, de lo Penal) 119/2019, de 6 de marzo, de manera acrítica llega a afirmar: “Presupuestos en el análisis de la valoración por el Tribunal de la declaración de la víctima [...] recordemos que es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie

Sin embargo, recientemente, un grupo internacional de expertos en la materia ha publicado un estudio que resulta sumamente significativo sobre el carácter de “pseudo-ciencia” de todos estos métodos de detección de la mentira⁴⁰. Ponen de relieve, entre otras cosas, que quienes tienen experiencia científica con la detección de la mentira coinciden en señalar que no hay comportamientos no verbales que sean propios y exclusivos de las personas sinceras o de las mendaces. En otras palabras, no existen indicadores objetivos de mentira al estilo del mito de la “nariz de Pinocho”. Según expone este panel de expertos, la generalizada obnubilación de los legos por todo lo que salga “de la boca” de los expertos ha provocado que cualquier supuesto conocimiento con apariencia de científico sea asumido acríticamente. En el ámbito judicial tal fenómeno ha sido muy acusado, probablemente motivado por la imperiosa necesidad de encontrar métodos infalibles para detectar el engaño en los procesos jurisdiccionales.

Pero lo cierto es que faltan estudios experimentales que den validez científica a estos métodos de detección de la mentira⁴¹. Como si de un

de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes: [...] 4.- “Lenguaje gestual” de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los “gestos” con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal”. Partiendo de este planteamiento jurisprudencial, no es extraño encontrar resoluciones judiciales en primera instancia que admiten el valor probatorio de dichos dictámenes periciales: en este sentido, por ejemplo, me remito a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona de 31 de julio de 2018, que admite la validez probatoria de un “informe pericial de Micro-expresiones faciales y lenguaje corporal inconsciente” del hijo en el proceso de divorcio de sus padres, basándose en que las partes no se oponen al mismo y “[...] se han acompañado al mismo avales de distintos organismos oficiales y universitarios que reconocen dicha prueba de utilidad tanto en procedimientos civiles como penales y que consiste en la filmación con una cámara mientras que se formulan distintas preguntas (de control, de indicio, de provocación y de confirmación)”.

40 DENAULT, V., *et altri* (2020).

41 Por ello existen resoluciones judiciales que no dan valor probatorio a estas pruebas de expertos. Como buen ejemplo de ello, la SAP de Barcelona, sec. 18ª (civil, especializada en derecho de familia), de 8 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:5002) establece lo siguiente: “El informe de 22-11-2017 de XX titulado “Investigación y Desarrollo de micro expresiones faciales y lenguaje corporal” afirma [...]. Se afirma la credibilidad del relato por las reacciones oculares y la cronología gestual. Tal como recoge la sentencia no se ha aportado publicación científica que avale y contraste la técnica utilizada. En el recurso de apelación se aporta una relación de bibliografía sobre el tema pero no acreditación que avale la científicidad de la técnica utilizada constando que hay literatura que cuestiona su fundamento científico. No podemos considerar dicha técnica como válida para verificar la credibilidad de las manifestaciones vertidas por la menor [...]. La utilización de dicha metodología no está suficientemente contrastada, se desconoce la concreta formación de las personas que la han llevado a cabo y la forma en como ha sido aplicada a la menor se considera por la Sala totalmente inadecuada. Por todo ello se descartan las conclusiones alcanzadas en el informe”. En la misma línea, la SAP de Barcelona, sec. 12ª (civil, también especializada en derecho de familia), de 18 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:12369) mantiene: “[...] En relación a las periciales aportadas por la Sra. Gracia para sostener su versión obran en la causa [...] un análisis de la empresa XX sobre micro-expresiones faciales y lenguaje corporal inconsciente, análisis al que la Sala no otorga

medicamento se tratase, es fundamental testar o verificar el grado de efectividad de cualquier método que se ofrezca en la práctica judicial como panacea de la detección de la mentira mediante el control de las micro-expresiones faciales, y ello es básico especialmente cuando algún tribunal puede verse inclinado a otorgar validez científica –y en consecuencia probatoria- a dictámenes periciales en los que presuntamente se afirma que una persona (parte, testigo o perito) miente o dice la verdad.

Uno de estos experimentos es el realizado por la “Asociación de Probática y Derecho Probatorio” (APDP)⁴². La APDP ideó, con la colaboración de una empresa europea que realiza los citados dictámenes periciales de micro-expresiones faciales, un ensayo clínico para verificar el grado de efectividad del sistema en el caso de la declaración de diez mujeres que supuestamente habían sufrido violencia de género. La APDP contactó con dos asociaciones de mujeres maltratadas y dos escuelas de teatro, escogiendo finalmente, para el ensayo clínico, cuatro actrices de arte dramático -que debían mentir acerca de un episodio de violencia de género- y seis mujeres que realmente la sufrieron⁴³. Para la empresa que debía efectuar los informes periciales se mantuvo el completo anonimato de la identidad de todas las mujeres y el número concreto de las que habían sufrido violencia de género. Las mujeres debían efectuar una exposición oral, de treinta minutos, grabada en video, relatando sus episodios de violencia de género y contestando a preguntas de un psicólogo de la empresa, y su identidad frente a dicha empresa se resumía en un simple número (del uno al diez)⁴⁴. Las grabaciones debían realizarse con la presencia de algún miembro de la APDP y la empresa tenía la expresa prohibición de ponerse en contacto posterior con dichas mujeres. La APDP hizo entrevistas individuales previas con todas ellas para explicarles el objeto y finalidad del ensayo clínico, así como para que diesen su consentimiento expreso al mismo. Se aprobó un calendario de

valor científico”. Y, por último, la SAP Barcelona, sec. 20ª (penal), de 13 de septiembre de 2018 afirma: “Así pues, la pericial de micro expresiones faciales resulta completamente innecesaria y nada relevante puede aportar”.

42 Ver, PICÓ I JUNOY, J., DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. y ANDINO LÓPEZ, J.A. (2019-2, 267-275).

43 Las diez mujeres no se conocían entre ellas para evitar el efecto contagio en sus relatos de violencia de género. Por participar en este ensayo clínico, exponiendo el relato de violencia de género, las mujeres que efectivamente la habían sufrido percibían 200 euros, y las actrices 100 euros en el momento de la grabación, y 100 euros más si conseguían que la empresa no detectase su declaración falsa.

44 El correlato del número con la concreta identidad de la persona y la circunstancia de si había sufrido o no violencia de género se mantuvo oculto para la empresa, y estos datos se guardaron secretos en una plica cerrada, custodiada por un notario, quien debía abrirla tras la entrega de los informes periciales de la empresa, para así verificar el grado de acierto de los mismos.

grabaciones para que en una semana pudieran efectuar sus declaraciones. En fin, tras más de cuatro meses de preparación del ensayo clínico y doscientas horas de trabajo por parte de los investigadores, siete días antes de empezar las grabaciones la empresa que debía realizar los dictámenes periciales sobre detección de mentira a través de micro-expresiones faciales envió un e-mail en el que expresó su voluntad de no realizar el ensayo clínico justificándose en el volumen de trabajo que tenían⁴⁵. Inmediatamente se les ofreció realizar el mismo ensayo clínico sin limitación de fechas, con el fin de ajustarse al calendario de trabajo que le fuese bien a la empresa, pero la respuesta fue la misma: no querer testar científicamente el método de realización de sus dictámenes periciales alegando un elevado volumen de trabajo. Los hechos son muy elocuentes: que cada uno saque sus propias conclusiones.

II. LIBERTAD CONTRACTUAL Y DERECHO PROBATORIO

1. EL NUEVO FENÓMENO DE PRIVATIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL Y SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES

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. 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.

Y en concreto, respecto del derecho a probar, al haber adquirido en España el rango de fundamental en nuestro sistema constitucional, tiene repercusión directa en el tema de los pactos procesales probatorios⁴⁶. Ello

45 Literalmente, el e-mail recibido indicó: “Buenos días Joan: te informo que nos hemos reunido de urgencia la Junta Directiva y nos va resultar imposible realizar el ensayo. A fecha de hoy, lamentablemente no nos podemos comprometer a realizar 10 informes simultáneos y cumplir las fechas estipuladas”.

46 Cfr. PICÓ I JUNOY, J. (2018-1, 667-675).

no significa que no sean posibles, 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. Desde 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 nulo⁴⁷.

En mi modesta opinión, el conjunto de las garantías constitucionales del proceso es innegociable, por lo que no pueden ser objeto de negociación privada por las partes. Este auge de los pactos privados se sustenta, entre otros, 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.

2. ALCANCE LIMITADO DE LOS PACTOS PROCESALES PROBATORIOS.

Partiendo de lo antedicho, es evidente que los pactos procesales probatorios tienen límites y, en concreto:

47 En este sentido, la STC 19/1985, de 13 de febrero, ya indicó que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la 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 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”.

a) Respecto a la iniciativa probatoria, en aquellos ordenamientos que permiten al juez dicha iniciativa está claro que las partes no pueden negarla por vía convencional debido al carácter imperativo de las normas procesales. Sin embargo, sí podría admitirse que en aquellos ordenamientos que no prevén dicha iniciativa probatoria del juez se facultara a las partes para permitírsela, pues ello maximizaría la eficacia del derecho fundamental a la prueba;

b) En relación con los medios de prueba, debemos preguntarnos, por ejemplo, si las partes pueden establecer que en caso de litigio sobre una determinada relación contractual no se podrá requerir la aportación de determinados documentos (o renunciar a cualquier otro medio de prueba). En función de la doble vertiente (objetiva y subjetiva) del derecho fundamental a la prueba⁴⁸ debemos diferenciar: (a) con carácter previo al litigio, debido a la vertiente objetiva de este derecho, es nulo cualquier pacto que limite su eficacia –es decir, esta garantía constitucional es del todo indisponible para las partes-; y (b) 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 totalmente válida la “renuncia” al ejercicio procesal de dicho derecho⁴⁹. Más conflictiva 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- si dicho pacto atenta contra la Ley no será válido (por ejemplo, aquel que admita la validez de una prueba ilícita -infringiendo los arts. 247 LEC y 11.1 LOPJ-). Pero si no la contradice –como, por ejemplo, sería la posibilidad de interrogar en juicio a la propia parte- el pacto probatorio sería válido;

c) En materia de reglas del *onus probandi*, al configurarse éstas en nuestra LEC como “reglas de juicio” dirigidas al juez (y no como “reglas de conducta o de iniciativa” destinadas a las partes) –art. 217.1 LEC-, es obvio que se encuentran fuera del ámbito de disponibilidad de los litigantes. En consecuencia, cualquier pacto privado que altere el contenido del art. 217 LEC será nulo⁵⁰. Por el mismo motivo, está fuera de la disponibilidad de los litigantes fijar la concreta dosis de prueba para acreditar un hecho (así, por

48 Cfr. PICÓ I JUNOY, J. (1996, 17-18).

49 En este punto, es necesario saber diferenciar con nitidez la renuncia al contenido del derecho de la renuncia al ejercicio del derecho: 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-.

50 De igual modo, cfr. ESCALER BASCOMPTE (2017, 40) y ABEL LLUCH (2012, 401).

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.). 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. Sin embargo, pueden considerarse válidos aquellos pactos referente a qué parte tiene mayor facilidad o disponibilidad a una determinada fuente de prueba (a efectos de aplicarse el art. 217.7 LEC), si bien no vinculan al juez al efectuar su enjuiciamiento fácticos de los hechos litigiosos⁵¹.

d) Finalmente, con referencia a la valoración de la prueba, es evidente que sus normas reguladoras al ir destinadas al juez hacen inviable cualquier pacto privado, pues no es posible disponer de algo que no se tiene. Al encontrarnos ante normas de *ius cogens*, todo pacto sobre valoración probatoria deberá reputarse nulo⁵². Así, por ejemplo, el que pudiera permitir 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 tendrá más -o menos- valor probatorio, tampoco serían válidos por vulnerar los arts. 326 o 376 LEC, respectivamente.

En definitiva, pese a la “modernidad” de los contratos o negocios procesales en el derecho comparado, en materia probatoria tienen un alcance muy limitado, pues solo serán válidos aquellos que tengan por objeto permitirle al juez la máxima actividad probatoria o facilitarle su enjuiciamiento de los hechos litigiosos.

III. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y PERICIAL

Una de las notas características de la función jurisdiccional es que se realice por jueces independientes e imparciales, y así lo reconocen los preceptos que recogen las garantías procesales de todos los instrumentos

51 PICÓ I JUNOY (2018-3, 38-39), ESCALER BASCOMPTE (2017, 41-45) y MUÑOZ SABATÉ (2001, 190-191; 1988, 65).

52 En la misma línea, vid. ABEL LLUCH (2012, 366), quien además cita la STS de 8 de junio de 1998 (RJ 1998\4280), según la cual, dado el carácter de *ius cogens* de las normas de valoración de las pruebas, no está “al alcance de la voluntad de las partes, las cuales no impedirán su utilización en situaciones de incertidumbre, ni tienen resortes para modificar su estructura”.

internacionales de derechos humanos⁵³. Pero en una sociedad tan tecnificada y especializada como la nuestra la independencia judicial puede verse afectada indirectamente. Como muy bien intuyó DAMASKA en el epílogo a su estudio *Evidence Law Adrift* “un síntoma del problema que se avecina es la creciente preocupación respecto de la función del perito designado por el tribunal continental. Incluso los jueces, a menudo, son incapaces de entender sus misteriosos informes. Se está extendiendo el miedo de que encubiertamente los tribunales están delegando su poder de decisión a un extraño sin legitimidad política. ¿Se está convirtiendo el servidor aparente del juez en su amo oculto?”⁵⁴. Si ello es así, es claro que el control sobre la actividad del perito, esto es, su pérdida de independencia, comportará, en última instancia, un ataque a la necesaria independencia judicial. De ahí la exigencia de velar por la debida independencia pericial⁵⁵.

Como es bien sabido, la independencia judicial suele definirse como la garantía procesal dirigida a permitir la plena libertad de actuación del juez frente a las posibles injerencias del resto de poderes del estado (tanto los legalmente establecidos -esto es, el poder ejecutivo y el legislativo- como los fácticos -a saber, los *mass media*, las instituciones financieras, etc-) así como de los provenientes del propio Poder Judicial, debiéndose de someter tan solo al sistema normativo⁵⁶. Esta garantía de la independencia judicial despliega su eficacia en un momento previo al inicio de cualquier

53 Cfr. los arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

54 DAMASKA, M. (1977, 150-151).

55 Cfr. PICÓ I JUNOY, J. (2018-2).

56 A diferencia de la imparcialidad judicial, que suele definirse como la garantía procesal que pretende asegurar que el juez se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado. Por ello, en un intento de preservar en todo momento dicha imparcialidad, las leyes suelen prever distintos supuestos en los que debido a la estrecha vinculación del juez con un asunto concreto (bien con las partes o bien con el objeto litigioso) puede ponerse en entredicho su debida objetividad de enjuiciamiento. Y, en consecuencia, instauran mecanismos dirigidos tanto al propio juez (abstención) como a las partes (recusación) para cuestionar la posible falta de la citada objetividad. En este sentido, el TEDH reiteradamente define la imparcialidad como la “ausencia de prejuicios o parcialidades” necesaria para lograr “la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” (parágrafo 30 de la sentencia del caso Piersack, de 1 de octubre de 1982). Partiendo de este concepto de imparcialidad, el ECHR suele distinguir un doble alcance de la misma: (a) uno subjetivo, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes, imparcialidad que debe ser presumida salvo que se demuestre lo contrario; y (b) y otro objetivo, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso, presumiéndose la falta de imparcialidad si no concurren las citadas garantías.

proceso⁵⁷.

Mucho se ha escrito sobre la independencia de los jueces, y es lógico por cuanto detentan uno de los pilares esenciales de todo Estado Democrático y de Derecho. Sin embargo, los peritos no han recibido la misma atención. Y a diferencia de lo que sucede con la imparcialidad del perito, la referencia expresa a su independencia no suele aparecer en el derecho comparado. ¿Significa ello que no es exigible dicha independencia en los peritos? Creo que la respuesta debe ser negativa, esto es, sí es exigible la plena independencia del perito. Si por independencia hemos entendido la garantía procesal dirigida a permitir la plena libertad de actuación del juez frente a las posibles injerencias de cualquier poder del estado, debiéndose someter tan solo al sistema normativo, la independencia pericial debería conceptuarse como la garantía dirigida a permitir la plena libertad de actuación del perito frente a cualquier tipo de injerencia externa, debiéndose someter tan solo a su conocimiento científico, técnico o especializado de la materia sobre la que se le pide su dictamen. En consecuencia, el perito solo debe estar sometido a la *lex artis* de la profesión que ejerce. El único deber del perito de someterse a su *lex artis* es lo que garantiza su debida independencia, de igual modo que el único deber del juez de someterse al imperio de la ley es lo que también garantiza su debida independencia. Por este motivo, los códigos deontológicos de los peritos judiciales sí hacen referencia a su debida independencia poniéndolo en relación con la plena objetividad en su actividad, sometiéndose solo a la *lex artis* de su ámbito de conocimiento.

Además, implícitamente, el deber de independencia del perito se deriva de la necesaria independencia judicial: si esta última exige su pleno sometimiento a la ley y, para ello, precisa el conocimiento de los hechos que debe enjuiciar, en la medida en que ese conocimiento tenga un carácter científico, técnico o especializado necesitará del auxilio pericial, por lo que la falta de independencia del perito, indirectamente, se trasladará a la debida independencia del juez.

Una vez destacado el fundamento teórico y legal de la independencia pericial, debemos preguntarnos cuáles deben ser las condiciones necesarias mínimas para asegurarla. Si la independencia judicial o pericial se caracteriza por la protección frente a cualquier tipo de injerencia externa en la actividad del juez o perito, respectivamente, y, además, a la única sumisión del juez a

57 Mientras que la garantía de imparcialidad tiene lugar en el momento procesal, esto es, durante el desarrollo de la función jurisdiccional.

la ley y del perito a sus precisos conocimientos especializados, podremos encontrar dos condiciones mínimas necesarias para alcanzar una verdadera independencia pericial:

a) La primera, es que el perito debe actuar en su función profesional atendiendo solo a sus conocimientos especializados, por lo que nadie puede interferir en su enjuiciamiento científico o técnico sobre la materia objeto de dictamen: ni el juez ni las partes pueden darle instrucciones sobre cómo debe realizarlo desde la perspectiva de su metodología, forma de estudiar la cuestión problemática, pruebas o ensayos a efectuar, entre otros aspectos que inciden directamente en su resultado final (a lo sumo, pueden solicitarle que, en la medida de lo posible, sea más preciso o claro en la exposición del dictamen y/o conclusiones, entre otras cuestiones más formales que de fondo del dictamen)⁵⁸.

En este sentido, la independencia del perito comporta la plena libertad en la redacción de su dictamen (atendiendo al objeto a peritar que le hayan marcado las partes y/o el juez), por lo que es libre de emplear el método de trabajo que estime mejor o más ajustado al objeto a peritar, de formular su informe como juzgue más correcto y de dar el sentido a sus conclusiones solo obedeciendo a su leal saber y entender, sin perjuicio de atender a las aclaraciones, observaciones o preguntas que puedan hacerle las partes y/o el juez. Para garantizarse un nivel suficiente y unificado de conocimientos especializados para los peritos podríamos pensar en la exigencia de que, al margen de los títulos oficiales propios acreditativos de dicho conocimiento, estuvieran asociados a una determinada institución o agrupación gremial que vele por su continua formación. Si el sometimiento único del perito a sus conocimientos especializados es la fuente legitimadora de su independencia, y estos conocimientos van evolucionando día a día, es obvio que una lógica garantía de aquella es que el perito mantenga actualizado su nivel de conocimientos. A través de su capacitación continuada se asegura que podrá actuar independientemente pues, de lo contrario, si depende del conocimiento de otras personas, es claro que pierde su independencia de

58 No obstante, dado que la actividad del perito se desarrolla dentro de un proceso, el único límite a su actividad debe venir por el ámbito fáctico sobre el cual se le requiere la elaboración de su dictamen. Debido a la vigencia en el proceso civil de los principios dispositivo y de aportación de parte, la función del perito vendrá limitada por los hechos objeto del litigio, razón por la cual a través de su dictamen no pueden introducirse hechos (o documentos) esenciales diferentes de los que conforman dicho objeto del debate procesal. Pero, en todo caso, la formación y expresión de la opinión especializada del perito debe ser libre dentro del objeto de su dictamen que, como hemos indicado, viene determinado por las partes y/o el juez.

criterio para pasar a someterse a la opinión o conocimientos de un tercero.

b) Y la segunda es la independencia económica de los peritos. Así, debo destacar que la posibilidad de injerencia en la independencia pericial puede venir por el control de los ingresos económicos del perito. Y aquí se plantea el grave problema de la independencia pericial de los peritos que trabajan para empresas de seguros, grandes entidades financieras, o cualquier otro tipo de institución para la que el perito desarrolla su actividad profesional. En este caso, la posibilidad de verse perjudicado económicamente si no responde a las expectativas de dichas empresas o instituciones puede incidir en su libertad de valoración de los hechos científicos o técnicos sobre los que se le requiere su dictamen. Sin embargo, desgraciadamente, es este un aspecto que suele pasar desapercibido entre los estudiosos de la prueba pericial.

Todo ello nos lleva a que deban preverse mecanismos eficaces para que el perito pueda denunciar cualquier posible ataque a su independencia. De nada sirve prever la necesaria independencia pericial si no se establecen instrumentos legales dirigidos a garantizarla. Y en este punto pueden articularse diversos niveles de protección de la independencia pericial:

a) El establecimiento de un estatuto jurídico del perito que, de manera precisa y concreta, fije las condiciones de actuación independiente del perito. Solo preestableciendo sus derechos y deberes, incluyendo el régimen de incompatibilidades, inhabilitaciones, prohibiciones, inamovilidades, etc. (como así se prevé, por ejemplo, con los jueces) se está en plenas condiciones de controlar su efectivo cumplimiento. Es imprescindible regular todas las situaciones personales y profesionales susceptibles de afectar a la independencia pericial, y especialmente cuando el perito judicial presta servicios o asesoramiento privado a compañías de seguros, entidades financieras o crediticias, etc., que luego se ven inmersas como parte en el concreto litigio en el que pretende intervenir dicho perito. Por ello, a nivel europeo, se entiende el interés del propio colectivo de peritos judiciales para establecer dicho régimen jurídico (así, por ejemplo, debe destacarse la “Guía de buenas prácticas de la pericia judicial civil en la Unión Europea” de la *European Expertise & Expert Institute* de octubre de 2015 ; y las “Líneas directrices sobre el papel de los peritos nombrados por un tribunal en los estados miembros del Consejo de Europa” de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia de diciembre de 2014).

b) El establecimiento de instituciones públicas o privadas con potestad de denunciar la posible vulneración de la debida independencia pericial. Si estamos ante peritos de parte, suelen existir asociaciones o institutos profesionales que, debidamente acreditados u homologados por el Estado, podrían velar por dicha independencia de sus afiliados frente a cualquier denuncia de vulneración de la independencia pericial. Y con referencia a los peritos judicialmente designados, si son funcionarios públicos podrían aprovecharse las instituciones que hoy en día les representen y que ya existan para canalizar dichas denuncias; y si son profesionales libres podrían acudir a las citadas asociaciones e instituciones privadas.

c) O la fijación de un régimen sancionador frente a las intromisiones indebidas a la independencia pericial, pudiendo existir aquí tanto las “sanciones” procesales (desde simples advertencias del juez dirigidas a cualquier interviniente en el proceso que intenta interferir en la independencia pericial hasta multas) como el establecimiento de tipos penales específicos.

IV. REFLEXIÓN FINAL

El derecho probatorio, al igual que la ciencia, está más vivo que nunca. Si bien los avances normativos van por detrás de los tecnológicos, como es lógico que así suceda, el derecho probatorio está intentando adaptarse a los continuos cambios que surgen en nuestra moderna sociedad.

Una interpretación de la LEC adaptada a la realidad social que vivimos permite resolver el problema de la introducción de las nuevas fuentes probatorias al proceso. Debido a la constitucionalización del derecho a la prueba, todas aquellas no expresamente previstas en la LEC deben permitirse acceder al proceso como prueba, por lo que es menester efectuar una interpretación constitucional del sistema procesal que facilite dicha actividad probatoria. Este es el caso, por ejemplo, del uso la fRMI para detectar la mendacidad en la declaración judicial de los testigos, partes o peritos, si bien ello debe realizarse con las debidas garantías: que haya voluntariedad en la persona que declara –por lo que no se la puede obligar a someterse a esta prueba-; que se realice siguiendo las pautas que marca la comunidad científica, debiéndose documentar en un informe pericial, que deberá poder ser contradicho por la parte contraria –para garantizar su

derecho de defensa y contradicción-; y que se someta a la sana valoración judicial junto al resultado del resto de la prueba practicada.

Por el mismo tipo de argumentación, todo lo que comporte restringir el ámbito de vigencia del derecho fundamental a la prueba debe someterse a crítica. Este es el caso, por ejemplo, de los contratos o negocios procesales que tan en auge están en el derecho comparado: en materia probatoria deberían poseer un alcance muy limitado, pues solo serán válidos aquellos que tengan por objeto permitir al juez la máxima actividad probatoria o facilitarle su enjuiciamiento de los hechos litigiosos. Y es lógico que tengan ese alcance reducido porque, en última instancia, no debemos olvidar que la prueba es la actividad dirigida al juez para que pueda efectuar su justo enjuiciamiento, por lo que todo lo que sea restringir dicha actividad no solo afectará a las partes, sino también a la correcta función jurisdiccional del juez.

Y, finalmente, otro problema del moderno derecho probatorio que se deriva de la continua tecnificación de la sociedad es la posible pérdida, indirecta, de independencia del juez. Si cada vez se necesitan más conocimientos especializados, es evidente que el juez puede estar condicionado –aún sin saberlo- en su función jurisdiccional si quien interviene en el proceso es un perito sin independencia (entendida ésta como sometimiento único a su *lex artis*). De ahí la necesidad de preverse mecanismos eficaces para asegurar que en el proceso solo intervienen peritos totalmente independientes, así como articularse instrumentos legales para denunciar cualquier posible ataque a esta independencia pericial.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X. (2019), *La impugnación de la prueba electrónica*, en “Justicia”, núm. 1, pp. 217 a 266.

- (2012), *Derecho Probatorio*, edit. J. M^a. Bosch editor, Barcelona.

- con PICÓ I JUNOY, J. –directores- (2011), *La prueba electrónica*, J.M^a. Bosch, Barcelona.

AGUILAR GUALDA, S. (2019), *La prueba digital en el proceso judicial*, edit. J.M^a. Bosch, Barcelona.

ANDINO, J.A, RAMOS, F, y RÍOS, Y. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Spanish National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

ARRABAL PLATERO, P. (2019), *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

BABOOLAL-FRANK, R. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, South African National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

BLÉRY, C. y TEBOUL, J.P. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, French National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

BUENO DE MATA, F., (2014), *Prueba Electrónica y Proceso 2.0*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

BUSTAMANTE, M., MAZUERA, A., AGUDELO, D., PABÓN, L., TORO, L., y VARGAS, O. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Colombian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

CAPRA, D. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, USA National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

COSTA E SILVA, A.P. y RUIVO, L. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Portuguese National Report,

“XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

DAMASKA, M. (1997), *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven & London (la paginación del texto se corresponde con su versión al español publicada con el título “El derecho probatorio a la deriva”, traducción de Joan Picó i Junoy, edit. Marcial Pons, Madrid, 2015).

DELGADO MARTÍN, J. (2019), *¿Cómo afrontar la complejidad de la prueba digital? Una visión práctica para los profesionales del Derecho*, en “Derecho digital e innovación”, abril-junio.

- (2018), *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2ª edición, editorial Wolters Kluwer – La Ley, Madrid.

- (2015), *La prueba del Whatsapp*, en “La Ley” núm. 5350, de 15 de septiembre, D-331.

DENAULT, V., PLUSQUELLEC, P., JUPE, L. M., ST-YVES, M., DUNBAR, N. E., HARTWIG, M., SPORER, S. L., RIOUX-TURCOTTE, J., JARRY, J., WALSH, D., OTGAAR, H., VIZITEU, A., TALWAR, V., KEATLEY, D. A., BLANDÓN-GITLIN, I., TOWNSON, C., DESLAURIERS-VARIN, N., LILIENFELD, S. O., PATTERSON, M. L., AREH, I., ALLAN, A., CAMERON, H. E., BOIVIN, R., TEN BRINKE, L., MASIP, J., BULL, R., CYR, M., HOPE, L., STRÖMWALL, L. A., BENNETT, S. J., AL MENAIYA, F., LEO, R. A., VREDEVELDT, A., LAFOREST, M., HONTS, C. R., MANZANERO, A. L., MANN, S., GRANHAG, P.-A., ASK, K., GABBERT, F., GUAY, J.-P., COUTANT, A., HANCOCK, J., MANUSOV, V., BURGOON, J. K., KLEINMAN, S. M., WRIGHT, G., LANDSTRÖM, S., FRECKELTON, I., VERNHAM, Z., VAN KOPPEN, P. J. (2020), *The analysis of nonverbal communication: The dangers of pseudoscience in security and justice contexts*, en “Anuario de Psicología Jurídica” (2020) 30 1-12 (see <https://journals.copmadrid.org/apj/art/apj2019a9>; fecha de consulta: 13 de febrero de 2020).

DONDI, A. y COMOGLIO, P. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Italian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

ESCALER BASCOMPTE, R. (2017), *La carga de la prueba*, edit. Atelier, Barcelona.

FABIANI, E. (2008), *I poteri istruttori del giudice civile*, Edizioni

Scientifiche Italiane, Napoli.

FIoux, J.L. (2011), *Indépendance, impartialité et conflit d'intérêts chez l'expert*, en "Experts" nº 98, October, 20-21.

FLAGA-GIERUSZYŃSKA, K. y KLICH, A. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Polish National Report, "XIV World Congress on Procedural Law IAPL" (Kobe, noviembre 2019).

FUENTES SORIANO, O. y ARRABAL PLATERO, P. (2019), *Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un "principio de prueba"*, en "Revista General de Derecho Procesal", núm 47.

- (2018), *Videos, comunicación electrónica y redes sociales: cuestiones procesales*, en "Práctica de Tribunales", núm. 135.

GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2018), *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*, edit. Aranzadi, Cizur Menor.

GIANNINI, L. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Argentinian National Report, "XIV World Congress on Procedural Law IAPL" (Kobe, noviembre 2019).

GOLDMAN, E. (2018), *Emojis and the Law*, en "Washington Law Review", vol. 9: 1227-1291.

GÓMEZ FRÖDE, C. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Mexican National Report, "XIV World Congress on Procedural Law IAPL" (Kobe, noviembre 2019).

GREELY, H.T., y WAGNER, A. (2011), *Reference Guide on Neuroscience*, en "Reference Manual on Scientific Evidence", 3ª edición, The National Academies Press, Washington, pp. 807-808.

GUIMARAES RIBEIRO, D. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Brazilian National Report, "XIV World Congress on Procedural Law IAPL" (Kobe, noviembre 2019).

HARSÁGI, V. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Hungarian National Report, "XIV World Congress on Procedural Law IAPL" (Kobe, noviembre 2019).

JULIA PIJUAN, M. (2020), *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, edit. Marcial Pons, Madrid.

LIBANO BERISTAIN, A. (2015), *Neurociencia y proceso penal*, en “Justicia”, núm. 2, pp. 239 a 266.

LÖSING, N. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, German National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

MARCUS, R. (2019), *US experience with the challenges of electronic evidence*, USA National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

MATSUMOTO, D., y HWANG, H. C. (2018), *Microexpressions differentiate truths from lies about future malicious intent*, en “Frontiers in Psychology” 9, 1-11 (<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2018.02545/full>; fecha de consulta: 13 de febrero de 2020).

MOHSENI, H. y M. ELSAN, M. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Iranian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

MUÑOZ SABATÉ, LI. (2001), *Fundamentos de prueba judicial*, edit. J. M^a. Bosch editor, Barcelona.

- (1988), *Las cláusulas procesales en la contratación privada*, edit. J. M^a Bosch editor, Barcelona.

NIEVA FENOLL, J. (2018), *Inteligencia artificial y proceso judicial*, edit. Marcial Pons, Madrid.

- (2013), *Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal*, en “Neurociencia y proceso judicial”, directores Michele Taruffo y Jordi Nieva, edit. Marcial Pons, Madrid, pp. 169 a 184.

NYLUND, A. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Norwegian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

PARDO, M. y PATTERSON D. (2010), *Philosophical foundations of Law*

and Neuroscience, en “University of Illinois Law Review”, nº. 4, pp. 1211-1250, especialmente notas 91 a 93.

PARK, J. W. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, South Korean National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

PEREIRA, S. y BARREIRO, V. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Uruguayan National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

PÉREZ GIL, J., (2010), *El conocimiento científico en el proceso civil: ciencia y tecnología en tela de juicio*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

PICHÉ, C. y GAUTRAIS, V. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Canadian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

PICÓ I JUNOY, J. (2019-1), *Some current situations and problems regarding with the new types of evidence*, en “Challenges for Civil Justice As We Move Beyond Globalization and Technical Change. XVI World Congress on Procedural Law IAPL”, Kobe (Japón), pp. 546-596.

PICÓ I JUNOY, J., DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., y ANDINO LÓPEZ, J.A. (2019-2), *Examen de un nuevo método de detección judicial de la mentira*, en “La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria”, director Joan Picó Junoy, edit. J.M^a. Bosch, Barcelona, pp. 267 a 275.

- (2018-1), *A vueltas con los pactos procesales probatorios*, en “Evidence in the process. La prueba en el proceso”, edit. Atelier, Barcelona, pp. 667 a 677.

- (2018-2), *La debida independencia del pericial judicial*, en “Justicia”, núm. 1, pp. 57 a 84.

- (2018-3), *La facilidad y disponibilidad probatoria ex art. 217 LEC ¿En qué consisten?*, en “La prueba civil a debate judicial”, directores Joan Picó, Xavier Abel y Berta Pellicer, edit. Wolter Kluwer, Madrid, pp. 35 y ss.

- (2013), *La prueba del dolor*, en “Neurociencia y proceso judicial”, directores Michele Taruffo y Jordi Nieva, edit. Marcial Pons, Madrid, pp.

- (2007), *El juez y la prueba*, edit. J.M^a Bosch editor, Barcelona.
- (2001), *La prueba pericial en el proceso civil español*, edit. J.M^a. Bosch, Barcelona.
- (1996), *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J.M^a Bosch editor, Barcelona.
- PRIORI, G. y PÉREZ-PRIETO, R. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Peruvian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).
- PUIG FAURA, S. (2015), *La prueba pericial informática en el procedimiento civil*, edit. Wolters Kluwer, Madrid.
- RICHARD GONZÁLEZ, M. (2017), *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, edit. Wolters Kluwer, Madrid.
- SANCHEZ RUBIO, A. (2019), *La prueba científica en la justicia penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.
- SANTOS MARTÍNEZ, A.M. (2017), *Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal*, edit. Bosch, Barcelona.
- SHEN, K.L. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Taiwanese National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).
- SORABJI, J. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, English and Welsh National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).
- STAGNARA, M. (2005), *L’expert d’assurance est-il indépendant*, en “Experts”, n^o 68, March, 32-33.
- SZABO, N. (2016), *Foreword to “Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond*, Chamber of Digital Commerce, Washington, D.C. (<http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf>).

- (1996), *Smart Contract*, Building Blocks for Digital Markets.

Taelman, P. y Vandebussche, W. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Belgian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

Taruffo (2009), *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Editori Laterza, Bari.

Tega, H. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Japanese National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

Uzelac, A. (2019) *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Croatian National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

Van Rhee, C.H. y Uzelac, A. –editors- (2015), *Evidence in Contemporary Civil Procedure*, edit. Metro, Cambridge.

Vigneau, V. (2015), *L'indépendance de l'expert vis-à-vis du juge*, en “Experts”, n.º. 120, June, 25-26.

Villamarín López, M^a. L. (2015), *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal. El uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300)*, edit. Marcial Pons, Madrid.

Zhiyuan, G. (2019), *Current situations and problems regarding new types of evidence*, Chinese National Report, “XIV World Congress on Procedural Law IAPL” (Kobe, noviembre 2019).

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*





www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com

La giustizia penale in Italia dopo trent'anni di codice di rito

Alfredo Gaito - Elvira N. La Rocca

El Ministerio Público como autoridad judicial emisora de una orden europea de detención y entrega en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Francisco Jiménez-Villarejo Fernández

La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas

Vicente Pérez Daudí

La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas

Montserrat de Hoyos Sancho

El proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores

María Luisa Escalada López

Buenas prácticas en la individualización judicial de las medidas adoptadas ante la violencia filio parental

Francisco Javier Garrido Carrillo

La investigación en el proceso civil. Hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba

Guillermo Ormazabal Sánchez

Cuestiones problemáticas del derecho probatorio

Joan Picó i Junoy