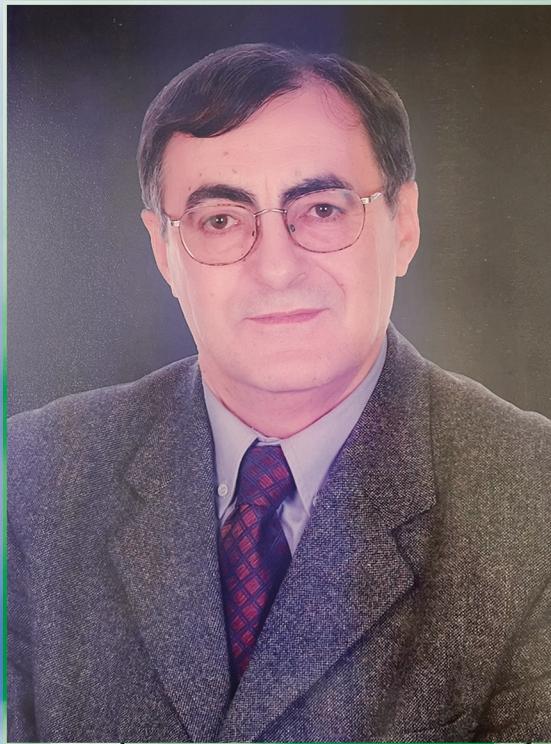


Liber amicorum
Manuel-Jesús Cachón Cadenas

De la Ejecución a la Historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas

Libro I. Parte general



Atelier
LIBROS JURÍDICOS

**De la ejecución a la historia
del Derecho Procesal y de sus
protagonistas. Liber Amicorum
en homenaje al Profesor
Manuel-Jesús Cachón Cadenas**

LIBRO I: PARTE GENERAL

De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas

LIBRO I: PARTE GENERAL

Carmen Navarro Villanueva

Núria Reynal Querol

Francisco Ramos Romeu

Arantza Libano Beristain

Consuelo Ruiz de la Fuente

Santi Orriols García

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

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87543-73-0

Depósito legal: B 8615-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: SAFEKAT

Índice

NOTA PRELIMINAR	11
-----------------------	----

CONOCIENDO AL PROFESOR CACHÓN

I. BREVE BIOGRAFÍA	15
II. LA OBRA DEL PROFESOR MANUEL-JESÚS CACHÓN CADENAS	19
III. LA VISIÓN DE SU MAESTRO, SUS COMPAÑEROS Y DISCÍPULOS	41
ESTRELLADO	41
<i>Francisco Ramos Méndez</i>	
BREVE NOTA SOBRE UNA LARGA AMISTAD	47
<i>Mª Victoria Berzosa Francos</i>	
UN CUENTO DE NAVIDAD JUDICIAL	49
<i>JFA</i>	
LA HISTORIA DEL PROFESOR CACHÓN	63
<i>Enric Fossas Espadaler</i>	
MANUEL CACHÓN CADENAS: EL MEJOR PROCESALISTA HISTORIADOR DEL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL	73
<i>Joan Picó Junoy</i>	
VALORES QUE NOS HA TRANSMITIDO EL PROFESOR	83
<i>Carmen Navarro Villanueva, Consuelo Ruiz de la Fuente, Núria Reynal Querol, Arantza Libano Beristain, Francisco Ramos Romeu, Santi Orriols García</i>	

CUESTIONES GENERALES DE DERECHO PROCESAL

IV. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO Y LAS EXIGENCIAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 6.1 CEDH; EN PARTICULAR, EL DERECHO DE ACCESO A UN TRIBUNAL	89
<i>Coral Arangüena Fanego</i>	
V. EL ABUSO DE DERECHO EN EL PROCESO Y LA BUENA FE PROCESAL EN LA DIRECTIVA 2024/1069 SOBRE DEMANDAS ESTRATÉGICAS	
111	
<i>M^a Jesús Ariza Colmenarejo</i>	
VI. AMOR, EMPATÍA Y OTRAS CUESTIONES CONVENIENTES PARA LITIGAR	
129	
<i>José Bonet Navarro</i>	
VII. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS SOBRE EL DERECHO PROBATORIO	
145	
<i>Tiziana Di Ciommo</i>	
VIII. SOBRE EL ROL DEL DERECHO PROCESAL COMPARADO EN ESPAÑA. UNA VIEJA PONENCIA Y UNA CARTA	
157	
<i>Ignacio Díez-Picazo Giménez</i>	
IX. METODOLOGÍA Y ÉTICA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. LA PERSPECTIVA PROCESALISTA EN LA DECADENCIA DE LA UNIVERSIDAD	
167	
<i>Angelo Dondi</i>	
X. AUTOGOBIERNO Y HETEROGOBIERNO DEL PODER JUDICIAL: EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ENTRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA	
177	
<i>Juan Carlos Gavara de Cara</i>	
XI. BREVES REFLEXIONES SOBRE LA MAGIA DEL DERECHO	
219	
<i>M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera</i>	
XII. CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO, ACTIVISMO JUDICIAL Y LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN	
241	
<i>Alicia González Navarro</i>	
XIII. SISTEMAS LEGALES Y DERECHO COMPARADO: EL DERECHO ESCANDINAVO EN PARTICULAR	
253	
<i>Mar Jimeno Bulnes</i>	
XIV. INDEPENDENCIA JUDICIAL: ¿CÓMO VOLVER A SU OLVIDADA ESENCIA?	
283	
<i>Jordi Nieva Fenoll</i>	

XV. LA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL Y EL GOBIERNO DE LA JUDICATURA EN ALEMANIA: VISIÓN PANORÁMICA Y UN BREVE EJERCICIO DE COMPARACIÓN CON EL MODELO ESPAÑOL	303
<i>Guillermo Ormazabal Sánchez</i>	
XVI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: «DEEPFAKES» Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS	321
<i>Francisco Ortego Pérez</i>	
XVII. LOS DESAFÍOS METODOLÓGICOS DE COMPARAR. NOMBRE <i>VERSUS</i> IDENTIDAD. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE DOS CORTES DE VÉRTICE PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	339
<i>Eduardo Oteiza</i>	
XVIII. LA HETEROCOMPOSICIÓN EN LA PREHISTORIA	361
<i>Francisco Ramos Romeu</i>	
XIX. EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ	399
<i>Miquel Tucho Morillo</i>	
XX. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE JUICIO JUSTO EN EL PROCESO LABORAL (GARANTÍAS PROCESALES VS PRINCIPIOS RECTORES)	407
<i>David Vallespín Pérez</i>	

| Nota preliminar

Siguiendo con la inmemorial tradición académica, los compañeros, discípulos y amigos del profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas, recogemos el testigo y le queremos ofrecer este *LIBER AMICORUM*, como una muestra de agradecimiento, aprecio y admiración por su brillante trayectoria académica, con ocasión de su jubilación de la Universidad.

La presente obra cuenta con 122 estudios científicos elaborados para la ocasión, en los que han participado 129 autores, de todos los rincones de España, así como de otras latitudes a las que ha llegado la influencia del Dr. Cachón Cadenas. Agradecemos profundamente a todos aquellos compañeros y compañeras que han hecho su aportación científica para que hoy podamos presentar esta magnífica obra. También agradecemos a todos aquellos que han querido estar presentes a través de un recuerdo o un agradecimiento a los años de trabajo y dedicación de nuestro Maestro y que se incluyen en la *Tabula Gratulatoria*, así como a aquellos que aun queriendo participar, no han podido hacerlo, por razones varias, pero que han mostrado su gratitud por distintos medios.

Debido a la variedad de temas abordados en los estudios científicos que se incluyen en esta obra, hemos optado por dividirlos en grandes bloques. El primer libro está dedicado a la Parte General e incluye una primera parte que es una invitación al lector para conocer un poco mejor al Profesor Cachón, su trayectoria profesional y personal, desde la mirada de su maestro, de sus amigos y de sus discípulos; y, una segunda parte con estudios generales de Derecho. El segundo libro está dedicado al Proceso Civil; el tercero al Proceso Penal; el cuarto al Proceso de Ejecución. Y, finalmente, el quinto libro, recoge Estudios históricos y de otras disciplinas, para culminar con la *Tabula Gratulatoria*. Hemos incluido las aportaciones siguiendo el estricto orden alfabético de los apellidos de los autores, insertándolos en cada uno de los libros según la materia en que se circunscriben.

El Profesor Cachón falleció la madrugada del 14 de enero de 2025 cuando ya se habían enviado a la editorial las primeras galeradas de este *Liber Amicorum*. Su intención era, una vez publicado, no sólo participar en la jornada de presentación del mismo en la UAB, sino agradecer personalmente a cada autor su contribución. El Profesor fue leyendo todos los estudios científicos remitidos desde finales de febrero de 2024 y hasta el mes de octubre del mismo año, a medida que iban llegando. Alcanzó incluso a leer las bellísimas dedicatorias de la *Tabula Gratulatoria* ya en el mes de diciembre cuando su salud se agravaba. Este *Liber Amicorum* ha sido para el Profesor una extraordinaria fuente de felicidad en esos últimos meses. Gracias a todas las personas que habéis hecho realidad este libro homenaje.

Amigos y discípulos procuraremos que las enseñanzas del Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas perduren en el tiempo y este *LIBER AMICORUM* es una prueba de ello.

Muchas gracias, querido Profesor, querido Maestro,

Carmen Navarro Villanueva

Núria Reynal Querol

Francisco Ramos Romeu

Arantza Libano Beristain

Consuelo Ruiz de la Fuente

Santi Orriols García

CONOCIENDO AL PROFESOR CACHÓN

I | Breve biografía

El Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas nació el 22 de febrero del 1956 en Cabañeros, una pedanía del municipio de Laguna de Negrillos, situado en la provincia de León. Inició sus estudios en la escuela rural del pueblo y ya a los diez años, gracias a su aptitud para aprender y a la concesión de varias becas, pudo continuar su formación hasta el bachillerato en diferentes centros educativos de la capital leonesa. Cuando llegó el momento de empezar la carrera universitaria decidió trasladarse de su León natal a Terrassa (Barcelona), donde tenía vínculos familiares y matricularse en la Licenciatura de Derecho en la Universitat Autònoma de Barcelona. Corría el año 1975.

A lo largo de los cursos seguidos en la Facultad de Derecho destacó siempre como estudiante excelente y riguroso, lo que le permitió obtener, primero el premio Extraordinario de Licenciatura, y después el premio Extraordinario de Doctorado. En 1981 se incorporó como becario a la Unidad de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UAB, de la mano del profesor Ramos Méndez, que enseguida supo ver en aquel alumno el potencial académico y humano que después el tiempo ha corroborado. Desde aquellos inicios de los años 80 hasta la actualidad, el profesor Cachón ha desarrollado toda su vida académica en esta Facultad de Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona, culminando su carrera con el acceso al cuerpo de catedrático de universidad en 1993. Durante toda su dilatada trayectoria se ha distinguido tanto por la excelencia docente, como por su investigación cuidadosa y brillante, así como por el compromiso con la gestión.

Su implicación personal en la mejora de la docencia en la Facultad de Derecho lo impulsó a ocupar importantes cargos de gestión, que han coincidido, casi siempre, con la implementación de nuevos planes de estudio sin desfallecer en sus responsabilidades y asumiendo con ilusión los nuevos retos. Así, ha sido Secretario de la Facultad (1991-92), Vice-decano (1992-96), Decano (1996-98) y Director del Departamento de Derecho Privado (2000-02).

El profesor Cachón también ha llevado a cabo una importante tarea en la transferencia de conocimiento que, para sintetizar, podría quedar representada en la codirección de la Cátedra «Observatorio Social y Económico de la Justicia», creada por la Universitat Autònoma de Barcelona y el Consejo de Colegio de Abogados de Cataluña. En la actualidad, continúa siendo Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Los hitos mencionados en las líneas precedentes ya dan cuenta de la extraordinaria capacidad de trabajo del profesor Cachón. De todos modos, será en las dos principales tareas del profesor universitario —la investigación y la docencia— donde dejará una impronta que se prolongará a lo largo de muchas generaciones de juristas.

Su incansable tarea investigadora lo ha situado entre los mejores procesalistas de finales del siglo xx y principios del xxi. Es difícil condensar en este espacio sus líneas de investigación a la vez que imposible citar su extensa producción científica, que alcanza más de 60 artículos, unos 40 capítulos de libros, más de 20 libros y la dirección de 15 tesis doctorales. De sus principales líneas de investigación sobresalen dos: la ejecución civil y el embargo, por una parte y, la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas, de la otra.

La primera de las líneas mencionadas la inició el profesor con su tesis doctoral, dedicada al embargo (*«tarea reservada a corredores de fondo de la ciencia procesal»*, como advirtió su Maestro —el profesor Ramos Méndez— en el prólogo de la obra «El embargo» (1991). La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 optaría precisamente por la estructura sencilla del embargo que el profesor Cachón defendió en su tesis doctoral. A esta primera obra magistral seguirían muchas otras como los «Comentarios a los arts. 584 a 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (2000), «Apuntes de ejecución procesal civil» (2014) o las dos ediciones de «La Ejecución Procesal Civil» (2014 y 2018), entre otras muchas.

La dedicación del profesor Cachón a la historia de la doctrina procesal y de los procesalistas adquiere notoriedad, especialmente, a partir de la segunda década del siglo xxi. Son representativas de esta línea de investigación obras como «Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil 1900-1950» (2012); «Memoria de procesalistas» (2017); «Estudios de Derecho Procesal» (2019) o «Francisco Beceña, un procesalista de primera hora» (2018), que lo han consagrado como el mejor especialista contemporáneo en la historia del Derecho Procesal español.

En cuanto a la docencia, es preciso destacar que el profesor Cachón ha impartido todas y cada una de las asignaturas que, en diferentes planes de estudio, han sido asignadas a la Unidad de Derecho Procesal y se ha encargado de la

confección de todos los programas de estas asignaturas. Paralelamente, a lo largo de estos años, ha elaborado unos valiosos materiales para sus estudiantes de Licenciatura, del Grado o de Máster y Doctorado, acompañados siempre de esquemas, de casos prácticos reales o inventados y de preguntas de autoevaluación. Todos estos materiales, de altísima calidad, han sido generosa y desinteresadamente compartidos por el profesor Cachón tanto con el alumnado como con los miembros de la Unidad de Derecho Procesal y han sido, sin duda, fundamentales para la docencia y el estudio del Derecho Procesal en la UAB durante generaciones.

Combinando la tarea docente con la investigación y la transmisión de conocimientos, destacan las 15 tesis doctorales dirigidas por el profesor Cachón, todas con la máxima calificación de Excelente Cum laude. Y es que, en su función de director, proporciona incansablemente al doctorando/a el estímulo, el apoyo personal y la orientación necesarios para avanzar satisfactoriamente en todas las etapas de elaboración de la tesis doctoral. Su implicación en el desarrollo de la investigación siempre es máxima porque no solo transmite al doctorando/a el significado de hacer una investigación rigurosa y honesta sino que también sabe compartir con generosidad sus conocimientos. En este sentido, hay que poner de relieve que la tarea del Profesor Cachón como director de tesis doctorales es absolutamente vocacional y alcanza mucho más allá de las actividades relacionadas directamente con la publicación y la defensa exitosa del trabajo dirigido: el Profesor Cachón transmite al doctorando/a la importancia de mantener la autocritica, el rigor y la ética en la vida profesional, y en particular, el aprecio por la investigación y la docencia universitarias. Muestra de ello es la estrecha vinculación que buena parte de sus doctorandos mantenemos con la Universidad, bien porque nos hemos dedicado a hacer carrera académica siguiendo sus pasos, bien porque, a pesar de dedicarnos profesionalmente a otras actividades, no hemos querido perder este vínculo con el mundo universitario.

Como colofón, sus discípulos querríamos expresar la extraordinaria dificultad de plasmar en pocas líneas los méritos investigadores y docentes del profesor Cachón pero sobre todo su enorme calidad humana y su proximidad inmediata que se percibe gracias a su humildad y al respeto que muestra a toda aquella persona que le plantea cualquier consulta. El profesor Cachón regala su conocimiento erudito cada día a todos los que tenemos la suerte de rodearlo y su conocimiento excede del Derecho Procesal: pasa por la historia, la literatura, la filosofía. Sus clases, conferencias o seminarios son una inmersión de pleno en la realidad forense diaria. Sabe explicar como nadie la institución procesal que analiza y su aplicación, cosa que permite tanto a alumnado, discípulos, compañeros o profesionales del Derecho adquirir un conocimiento riguroso y crítico. Es sencillamente un Maestro excepcional.

II | La obra del Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas

SUMARIO: 1. MONOGRAFÍAS. 2. COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS. 3. ARTÍCULOS. 4. OBRAS COLECTIVAS COORDINADAS. 5. RESEÑAS. 6. PRÓLOGOS. 7. TESIS DOCTORALES DIRIGIDAS.

1. Monografías

1. El embargo ejecutivo civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1989, pp. 1 a 439.
2. El embargo, Librería Bosch, Barcelona, 1991, pp. 1 a 686.
3. El embargo. 2^a Edición, Librería Bosch, Barcelona, 1995, pp. 1 a 686.
4. De la antigua a la nueva Ley de Enjuiciamiento: régimen transitorio de los juicios civiles, J.M.Bosch, Barcelona, 2001, pp. 1 a 168.
5. Apuntes de ejecución procesal civil, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, 2011, pp. 1 a 109.
6. Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil (1900-1950), Universidad Carlos III de Madrid y Ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 1 a 681.
7. La ejecución procesal civil, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 1 a 339.
8. Francisco Beceña: un procesalista de primera hora, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 1 a 202.

9. Memoria de procesalistas, Olejnik, Santiago de Chile (Chile), 2017, pp. 1 a 629.
10. Estudios de Derecho Procesal, Olejnik, Santiago de Chile (Chile), 2017, pp. 1 a 255.
11. La ejecución procesal civil (2^a edición), Atelier, Barcelona, 2018, pp. 1 a 347.
12. Esquemas de Derecho Procesal I, Uno Editorial, Bellaterra (Barcelona), 2020, pp. 1 a 252.
13. Esquemas de Derecho Procesal II, Uno Editorial, Bellaterra (Barcelona), 2021, pp. 1 a 237.
14. José María Álvarez y Taladriz. Un magistrado contra el horror de la retaguardia en la guerra civil, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 1 a 263.
15. Introducción al enjuiciamiento civil, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 1 a 583.
16. Otras historias de procesalistas y del proceso, Dykinson / Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2022, pp. 1 a 521.
17. Un largo paseo. Conversaciones sobre la vida y el Derecho, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 1 a 160 con Fossas Espadaler Enric.
18. Introducción al enjuiciamiento civil, 2^a edición, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 1 a 625.

2. Colaboraciones en obras colectivas

1. El embargo. Casos prácticos en el uso forense en AAVV, *Las medidas cautelares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 84 a 111.
2. La vía de apremio, Col·legi de Procuradors de Barcelona, Barcelona, 1993, pp. 14 a 31.
3. La pena de días-multa como alternativa a la prisión en CID MOLINÉ y LARRAURI PIJOAN (Coord), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 37 a 57.

4. Modificación y extinción del embargo, en PEREDA GÁMEZ F.J, (dir), Ejecución de sentencias civiles, II, La vía de apremio, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 243 a 285.
5. Notas sobre la regulación del embargo en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997, en PICÓ JUNOY J. (dir), *Presente y futuro del proceso civil*, J.M.Bosch, Barcelona, 1998, pp. 501 a 548.
6. Comentario al artículo 20 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (Efectos de la Sentencia) en ARROYO MARTÍNEZ I., y MIQUEL RODRÍGUEZ J. (coords), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 183 a 211.
7. Jurisdicción, partes y actos procesales en BARBANCHO TOVILLAS (dir.), *Estudios de derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 337 a 392.
8. Régimen transitorio aplicable a los procesos civiles tras la entrada en vigor de la nueva LEC en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL J., (coord.), *Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Economist & Jurist, Barcelona, 2000, pp. 271 a 345.
9. Del embargo de bienes (Comentarios a los arts. 584 a 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000) en AAVV, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2828 a 3253.
10. Una lectura procesalista de los Quaderni, en FERNÁNDEZ ALBALADEJO y ALVÁREZ ALONSO Clara, *Veinticinco Años de los Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giurídico*, Universidad Autónoma de Madrid, 2000, pp. 97 a 134.
11. Acotaciones a la regulación del embargo prevista en el Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil en PEREZ-CRUZ Agustín (dir) Proyecto de ley enjuiciamiento civil, Universidad de A Coruña y Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 51 a 99.
12. Competencia territorial y reparto de asuntos (Comentario al art. 118 de la Ley de Sociedades Anónimas) con FRANCO ARIAS J. y PÉREZ DAUDI V. en AAVV, *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 1188 a 1204.

13. La pena de días-multa: el difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado en PICÓ I JUNOY J. (coord), *Problemas actuales de la justicia penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 173 a 222.
14. Ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo (Apuntes sobre algunos problemas prácticos) en PICÓ I JUNOY J. (coord..), *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, J.M.Bosch, Barcelona, 2002, pp. 183 a 214.
15. Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal en AAVV, *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 41 a 74.
16. Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional, en MORENO CATENA (coord.), *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 575 a 713.
17. La buena fe en el proceso civil en AAVV «Cuadernos de Derecho Judicial», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 209 a 250.
18. Declaración de un ciudadano español residente en el extranjero en relación con un proceso penal seguido en España, con RAMOS MÉNDEZ F., en RAMOS MÉNDEZ F., (dir.), *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 295 a 302.
19. Notas sobre algunas cuestiones prácticas relativas al embargo en ABRIL CAMPOY, J.M; AMAT LLARI María Eulàlia y PUIG I FERRIOL Lluís, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 609 a 646.
20. Apunte sobre la admisibilidad de la reconvención subsidiaria en GIMENO SENDRA V. y CABEZUDO BAJO M^a José, *El Tribunal Supremo, du doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor Almagro Noseste, lustel*, Madrid, 2007, pp. 695 a 703.
21. La ejecución provisional: análisis de algunas cuestiones problemáticas en CACHÓN CADENAS, J.M y PICÓ I JUNOY J. (Coord.), *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 63 a 140.
22. Josep Xirau: apunts sobre las seva vida i obra en CASANOVAS Pompeu, *Miquel Carreras i Costajussà i la filosofía catalana d'entreguerres (1918-1939)*, Institut d'Estudis Catalans i Fundació Bosch i Cardellach, 2009, pp. 71 a 88.

23. La competencia autonómica en materia procesal, en APARICIO PÉREZ M.A, y BARCELÓ SERRAMALERA Mercè, *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 51 a 59.
24. Apuntes históricos sobre la enseñanza del Derecho Procesal en la Universidad española en PICÓ JUNOY J. (coord.), *El aprendizaje del Derecho Procesal: nuevos retos de la enseñanza universitaria*, J.M.Bosch, Barcelona, 2010, pp. 17 a 55.
25. Comisión de trabajo de asesoramiento sobre desjudicialización en el ámbito civil, con Xavier PEREDA GÁMEZ, Víctor ALEGRET TEIJEIRO, M. Rosa BLANCH DOMEQUE et., Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 2010, pp. 1 a 43.
26. XIRAU PALAU, José Ramón (1893-1982), en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2011, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos.
27. Principis i garanties del procés civil, en NAVARRO VILLANUEVA Carmen (coord.), *Dret processal civil del Principat d'Andorra*, Universitat d'Andorra/Fundació Crèdit Andorrà, 2011, pp. 11 a 39.
28. Principis del procés civil, en NAVARRO VILLANUEVA Carmen (coord.), *Dret processal civil del Principat d'Andorra*, Universitat d'Andorra/Fundació Crèdit Andorrà, 2011, pp. 41 a 59.
29. ANGLASELL Y SERRANO, Manuel (1828-1884) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2012, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
30. GADEA Y OROZCO, Vicente (1840-1904) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2012, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
31. ENCISO CALVO, Ángel (1912-2000) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2012, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
32. FÁBREGA Y CORTÉS, Magín (1855-1926) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2012, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos

33. SERRANO BRANAT, Eduardo (1854-1914) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2012, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
34. MIGUEL ROMERO, Mauro (1873-1946) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2012, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
35. GUTIÉRREZ CAÑAS, Demetrio (1833-1906) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2012, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
36. Los modelos procesales civil y penal: perspectiva histórica en ARMENTA DEU Teresa, *La convergencia entre proceso civil y penal: ¿una dirección adecuada?*, Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires / Sao Paulo, 2013, pp. 11 a 33.
37. Apuntes sobre la implantación del impulso oficial en el proceso civil español en PICÓ I JUNOY J. (dir.), *Principios y garantías procesales. «Liber Amicorum» en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, J.M.Bosch, 2013, pp. 63 a 79.
38. Un caso de embargo preventivo dirigido a asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en un proceso pendiente ante un tribunal alemán en MARTÍN OSTOS J. (coord.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 117 a 124.
39. CORUJO VALVIDARES, Ángel (1865-1937) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2013, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
40. DOMÍNGUEZ BALLARÍN, Matías (1887-1936) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2013, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
41. GÓMEZ ESCRIBANO, Saturnino (1809-1879) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2013, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
42. LEAL Y RUIZ, Andrés (1799-1851) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2013, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos

43. SERRANO SUÁREZ, José María (1900-1973) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2013, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
44. GUTIÉRREZ VEGA, José (1786-1848) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2013, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
45. MARCOS PELAYO, Francisco (1888-1946) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2013, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
46. GARCÍA Y CASTILLÓN, Mariano (1784-1848) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2013, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
47. SATUÉ, Tomás (1786-1853) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2013, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
48. Los embargos decretados contra el concursado en ejecuciones singulares en CACHON CADENAS M.J. et al (coord.), *Problemas procesales del concurso de acreedores*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 77 a 114.
49. Un procesalista salmantino truncado por la guerra civil: Agustín Íscar Alonso en PÉREZ-CRUZ MARTÍN A., y BUJOSA VADELL L., (coord.), *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global. Liber Amicorum II de la Profesora María del Carmen Calvo Sánchez*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 493 a 534.
50. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo (1905-1995) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2014, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
51. MARTÍNEZ BERNAL, Antonio (1909-2000) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2014, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
52. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (1904-1996) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2014, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos

53. GUASP DELGADO, Jaime (1913-1986) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2014, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
54. FÁBREGA CORTÉS, Magí (1855-1926), en PELÁEZ Manuel J., (dir.), *Diccionario de juristas de Cataluña y del Rosellón*, Universidad de Málaga, Madrid-Málaga, 2014, pp. 141 a 146.
55. XIRAU PALAU, Josep Ramon (1893-1982) en PELÁEZ Manuel J., (dir.), *Diccionario de juristas de Cataluña y del Rosellón*, Universidad de Málaga, Madrid-Málaga, 2014, pp. 559 a 615.
56. LÓPEZ-REY ARROJO, Manuel (1902-1987) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2015, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
57. TORRES AGUILAR, Salvador (1844-1926) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2015, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
58. MADRUGA JIMÉNEZ, Esteban (1890-1980) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2015, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
59. MONTEJO Y RICA, Tomás (1856-1933) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2015, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
60. QUERO MOLARES, José (1905-1987) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2015, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
61. SAN ROMÁN, Miguel de (1905-1868) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2015, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
62. Comentario a los arts. 468 y 469 de la Ley de Navegación Marítima. Cláusulas de jurisdicción y arbitraje y criterios de atribución de competencia en ARROYO MARTÍNEZ I. y RUEDA MARTÍNEZ J.A (dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 1397 a 1420.

63. Notas sobre la vida y la obra de Juan Acedo Rico, primer conde de la Cañada en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ I. y VEGAS TORRES J., *Derecho, Justicia y Universidad. Liber Amicorum* de Andrés de la Oliva Santos, Vol. 1, ed. Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 493 a 529.
64. Agravios sufridos por Diego MEDINA GARCÍA, Presidente del Tribunal Supremo español durante la Segunda República en JIMENO BULNES Mar y PÉREZ GIL J.; *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-homenaje al Profesor Ernesto PEDRAZ PENALVA*, J.M.Bosch, Barcelona, 2016, pp. 59 a 79.
65. El procedimiento de decomiso autónomo en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL J., *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 351 a 363.
66. SERRANO SERRANO, Ignacio (1908-2005) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2016, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
67. SETUAIN Y GORRAIZ, Telesforo (1841-1885) en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2016, Madrid, edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos
68. Enrico TULLIO LIEBMAN: una vida dedicada al Derecho Procesal Civil en TULLIO LIEBMAN Enrico, *Eficacia y autoridad de la sentencia*, Olejnik, Santiago de Chile (Chile), 2019, pp. 15 a 28.
69. El profesor Manuel Serra Domínguez y la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela en ALONSO SALGADO Cristina y CASTILLEJO MANZANARES Raquel, *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 21 a 25.
70. James GOLDSCHMIDT y la doctrina procesal española de entreguerras en BERMEJO CASTRILLO M.A, *La memoria del jurista español: estudios*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 59 a 84.
71. ANGLASELL Y SERRANO, Manuel en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
72. CORUJO VALVIDARES, Ángel en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>

73. DOMÍNGUEZ BALLARÍN, Matías en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
74. FÁBREGA Y CORTÉS, Magín en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
75. GADEA Y OROZCO, Vicente en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
76. GARCÍA Y CASTILLÓN, Mariano en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
77. GÓMEZ ESCRIBANO, Saturnino en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
78. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
79. GUTIÉRREZ CAÑAS, Demetrio en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
80. GUTIÉRREZ VEGA, José en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
81. LEAL Y RUIZ, Andrés en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
82. LÓPEZ-REY ARROJO, Manuel en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
83. MADRUGA JIMÉNEZ, Esteban en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>

84. MARCOS PELAYO, Francisco en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
85. MIGUEL ROMERO, Mauro en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
86. MONTEJO Y RICA, Tomás en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
87. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
88. QUERO MORALES, José en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
89. SAN ROMÁN, Miguel de en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
90. SATUÉ, Tomás en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
91. SERRANO BRANAT, Eduardo en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
92. SERRANO SERRANO, Ignacio en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
93. SERRANO SUÁREZ, José María en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
94. SETUAIN Y GORRAIZ, Telesforo en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>

95. TORRES AGUILAR, Salvador en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
96. XIRAU PALAU, José Ramón en AAVV, *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III, 2019, Madrid, edición digital: <http://hdl.handle.net/10016/28916>
97. La cosa juzgada derivada del incidente de oposición a la ejecución (el pasado se hace presente) en JIMÉNEZ CONDE F. y BELLIDO PENADÉS R. (dirs.), *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 233 a 263.
98. Evolución histórica de la valoración de la prueba en el proceso penal español en ASENSIO MELLADO J.M (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, pp. 355 a 370.
99. Aciertos, excesos y carencias en la tramitación de la ejecución en HERRERO PÉREZAGUA J. F. y LÓPEZ SÁNCHEZ J. (dirs.), *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 201 a 227.
100. Trayectoria vital de José María ÁLVAREZ MARTÍN Y TALADRIZ en CACHÓN CADENAS, *Un magistrado contra el horror de la retaguardia en la guerra civil*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 1 a 142.
101. Ejecución provisional, medidas cautelares y cumplimiento voluntario de una sentencia con RAMOS MÉNDEZ F., en RAMOS MÉNDEZ F., *Ita ius esto. Chequeo a la tutela efectiva prometida*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 307 a 348.
102. Facultades de un administrador judicial de frutos y rentas de bienes embargados con RAMOS MÉNDEZ F., en RAMOS MÉNDEZ F., *Ita ius esto. Chequeo a la tutela efectiva prometida*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 349 a 368
103. El ejercicio de acciones por el suspenso con RAMOS MÉNDEZ F., en RAMOS MÉNDEZ F., *Ita ius esto. Chequeo a la tutela efectiva prometida*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 589 a 614.
104. Peregrinaje de James Godschmidt por las Universidades españolas acosado por el nazismo en MARTÍN RIOS Pilar y PÉREZ MARÍN Mª Ángeles, *La administración de justicia en España y en América: José Martín Ostos (Liber Amicorum)*, Astigi, Sevilla, 2021, pp. 345 a 347.

105. Un siglo de predominio de la lección magistral con preocupación por la enseñanza práctica del Derecho Procesal en PICÓ JUNOY J.; PÉREZ DAUDÍ V.; NAVARRO VILLANUEVA Carmen y CERRATO GURI Elisabet (coords.), *La enseñanza del Derecho en tiempos de crisis. Nuevos retos docentes del Derecho Procesal*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2021, pp. 19 a 36.
106. Oposición a la ejecución y cosa juzgada, con especial referencia a las cláusulas abusivas en CACHÓN CADENAS M.J y PÉREZ DAUDÍ V., (dirs.), *Proceso y consumo*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 241 a 260.
107. Cuestiones procesales suscitadas por la cláusula rebus sic tantibus en relación con los arrendamientos de negocio y de industria en PÉREZ DAUDÍ V., y BARRAL VIÑALS Inmaculada (dirs.), La modificación de los contratos por alteración imprevista de las circunstancias: (la cláusula rebus sic stantibus): aspectos sustantivos, mediación y cuestiones procesales, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 175 a 186.
108. El triunfo del profesor Manuel Morón Palomino en las oposiciones a la cátedra de Derecho Procesal de la Laguna celebradas en 1960 en LÓPEZ FRAGOSO ÁLVAREZ T., y GONZÁLEZ NAVARRO Alicia (dirs.), *La humanización del proceso. Homenaje al profesor Manuel Morón Palomino*, Dykinson, 2023, pp. 29 a 44.
109. Eficiencia de la Justicia Civil (Breve comentario a la ponencia del Profesor Manuel Ortells Ramos) en PICÓ I JUNOY J. (dir.), *Aspectos críticos del Derecho Procesal: Diálogos Hispano-italianos en homenaje al Profesor Angelo Dondi*, J. M. Bosch Edito, Barcelona, 2023, pp. 451 a 458.
110. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1934-2013) en AAVV, *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos IIII de Madrid, 2023, (edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos).
111. PÉREZ GORDO, Alfonso (1936-1984) en AAVV, *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos IIII de Madrid, 2023, (edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos).
112. RAMOS MÉNDEZ, Francisco (1947) con TORRES PARRA M^a José en AAVV, *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos IIII de Madrid, 2023, (edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos).
113. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis (1935) con TORRES PARRA M^a José en AAVV, *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad

- Carlos III de Madrid, 2023, (edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos).
114. MARTÍN OSTOS, José de los Santos (1948) con TORRES PARRA M^a José en AAVV, *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III de Madrid, 2023, (edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos).
115. ORTELLS RAMOS, Manuel Pascual (1952) con TORRES PARRA M^a José en AAVV, *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*, Universidad Carlos III de Madrid, 2023, (edición digital: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos).
116. Embargo de bienes inmuebles no inscritos a nombre del ejecutado en el Registro de la Propiedad en ARIAS LOZANO D. (coord.), *Arbitraje y jurisdicción: homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2024, pp. 323 a 346.

3. Artículos

1. Conmemoración de la Ley de Enjuiciamiento Civil en Barcelona, «Justicia», 1981, pp. 275-283.
2. Designación de bienes a efectos del embargo, «Justicia», V.III, 1982, pp. 98-106.
3. Sustitución del embargo y alteración del orden legal de prelación de los bienes a embargar, «Justicia», V.I, 1984, pp. 105-120.
4. Embargo, tercerías y opción de compra, «Justicia», V.II, 1984, pp. 349-364.
5. Embargo de bienes inmuebles no inscritos a favor del ejecutado en el Registro de la Propiedad, «Justicia», V.IV, 1984, pp. 873-886.
6. Embargo de bienes litigiosos, «Justicia», V.III, 1985, pp. 553-564.
7. La venganza del lobo, «Justicia», V.I, 1990, pp. 17-24.
8. Reserva de dominio y ejecución, «Justicia», V.I, 1991, pp. 77-88.

9. Idoneidad del procedimiento a efectos de la acumulación de acciones en materia de arrendamientos urbanos, «Justicia», V.IV, 1991, pp. 827-838.
10. Apuntes sobre la regulación del embargo en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997, «Revista vasca de Derecho Procesal y arbitraje», V. I, 1998, pp. 1 a 12.
11. Apuntes sobre la regulación del embargo en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997, «Revista vasca de Derecho Procesal y arbitraje», V. II, 1998, pp. 291 a 309.
12. Una reseña tardía con algunos episodios tempranos, «Justicia», V.II, 1999, pp. 199-224.
13. Suspensión de la actividad ejecutiva como consecuencia de la oposición del ejecutado, en «Revista Jurídica de Catalunya», Vol. 100, nº 4, 2001, pp. 1177 a 1190.
14. Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos en «Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía», núm. 3, 2003, pp. 1827 a 1853.
15. Los juicios rápidos en el ámbito de las últimas reformas del proceso penal, «Justicia», V.1-2, 2004, pp. 7-46.
16. Resoluciones provisionalmente ejecutables y despacho de la ejecución provisional, «Justicia», V.3-4, 2004, pp. 7-142.
17. La buena fe procesal en el proceso civil, «Justicia», V.1-2, 2005, pp. 7-44.
18. Apunte sobre la admisibilidad de la reconvención subsidiaria, «Justicia», V.1-2, 2005, pp. 63-76.
19. Las oposiciones a la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza celebradas en 1932: mito y realidad, «Justicia», V.1-2, 2008, pp. 13-52.
20. Efectos del sobreseimiento, «Justicia», V.3-4, 2008, pp. 93-128.
21. A propósito de la publicación del libro «Derecho y Proceso» de Gómez Orbaneja en «Justicia», Vol. 1 y 2, 2009, pp. 75 a 97.

22. Apuntes sobre la vida y la obra de un insigne procesalista catalán: José Xirau Palau en «Revista Jurídica de Catalunya», Vol. 108, núm. 4, 2009, pp. 1231 a 1248.
23. En recuerdo del Profesor Franco Cipriani, «Justicia», V.1-2, 2010, pp. 13-22.
24. El expediente de responsabilidades políticas incoado en 1940 contra el profesor Emilio Gómez Orbaneja, «Justicia», V.1-2, 2010, pp. 59-112.
25. Los recursos en el proceso civil (con Franco Arias Just y Ramos Romeu Francisco), «Justicia», V.1-2, 2010, pp. 113- 166.
26. Desventuras de José Casals Santaló, primer traductor español de Chiovenza, «Justicia», V.3-4, 2010, pp. 13-96.
27. José Casals Santaló, primo allievo e traduttore spagnolo di Giuseppe Chiovenda, en «Il giusto processo civile», Vol. IV, 2010, pp. 1263 a 1299.
28. Una razón más para formular bien «las generales de la ley», «Justicia», V.1-2, 2011, pp. 49-54.
29. Las oposiciones a la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago celebradas en 1932. Ingreso de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en el profesorado universitario, en «Revista General de Derecho Procesal», núm. 26m 2012 (enero), pp. 1 a 66.
30. Pugna tenaz por la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid con una guerra civil en medio (y otras historias poco loables), «Justicia», V.I, 2012, pp. 33-100.
31. Un estudio pionero sobre la ejecución procesal civil, «Justicia», V.1, 2012, pp. 507-512.
32. Algunos datos inéditos sobre José de Vicente y Caravantes, «Justicia», V.2, 2012, pp.111-227.
33. El primer trabajo monográfico de un procesalista español sobre un tema concerniente a la moderna teoría de las partes, «Justicia», V.2, 2012, pp. 479-486.
34. Homenaje de la revista al Profesor Juan Montero Aroca, cofundador y primer director de *Justicia*, en «Justicia», Vol. III y IV, 2012, pp. 525 a 530.

35. La doctrina procesal española vista por Beceña, «Justicia», V.1, 2013, pp. 451-455.
36. El concurso convocado en 1929 para la provisión de la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Madrid: una historia turbia con un conflicto entre medios y fines, «Justicia», V.2, 2013, pp. 161-205.
37. El profesor Leonardo Prieto-Castro en un reciente libro de memorias de Ramón Tamames, «Justicia», V.2, 2013, pp. 449-451.
38. Un ensayo sobre la acción compuesto por uno de los discípulos predilectos de Beceña, «Justicia», V.2, 2013, pp. 501-507.
39. Las oposiciones a cátedras de Derecho Procesal celebradas en 1948. El triunfo incontestable de Víctor Fairén Guillén, «Justicia», V.1, 2014, pp. 29-112.
40. Un proceduralista que se acercó al Derecho Procesal, «Justicia», V.1, 2014, pp. 459-464.
41. El procedimiento de responsabilidades políticas seguido contra el profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo: mal inicio y buen final, «Justicia», V.2, 2014, pp. 91-142.
42. Primeras reflexiones de Francisco Beceña sobre el tema relativo a la selección y promoción de los jueces, «Justicia», V.2, 2014, pp. 551-553.
43. Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios, con REYNAL QUEROL Núria en «Revista Jurídica de Catalunya», Vol. 114, núm. 2, 2915, pp. 425 a 446.
44. Oralidad, escritura y poderes procesales del juez en el pensamiento juvenil de Francisco Beceña, «Justicia», V.2, 2015, pp. 531-532.
45. La investigación penal a cargo del Fiscal y el proceso penal monitorio en el Anteproyecto de 1938 de orientación totalitaria, «Justicia», V.1, 2015, pp. 517-530.
46. Un trabajo inédito de Manuel Serra Domínguez acerca de las principales cuestiones procesales suscitadas por el Libro II del Código Civil catalán, «Justicia», V.1, 2016, pp. 499-500.

47. Un trabajo inédito de un discípulo de Beceña sobre la distribución de poderes procesales entre el juez y las partes, «Justicia», V.1, 2017, pp. 649-654.
48. Sobre la autoría de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, «Justicia», V.2, 2017, pp. 561-570.
49. Los años españoles de Enrico Tullio Liebman, «Justicia», V.2, 2018, pp. 29-42.
50. Notas sobre la autoría de la Exposición de Motivos de la (todavía) vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, en «Revista de derecho y proceso penal», núm. 50, Navarra, 2018, pp. 71 a 82.
51. Un episodio risalente agli anni spagnoli di Enrico Tullio Liebman, en «Il Giusto Processo Civile», Vol. IV, 2018, pp. 1277 a 1283.
52. Leyes de enjuiciamiento y no Códigos de procedimiento: entre el oportunismo político y la fuerza del uso, «Justicia», V.2, 2019, pp. 55-80.
53. La cuota femenina en el Jurado establecida en 1931, «Justicia», V.2, 2019, pp. 623-624.
54. Efectos procesales del sobreseimiento que se decrete en las ejecuciones hipotecarias como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019 con SABATER SABATÉ J.M, en «Diario la Ley», nº 9522, 2019, pp. 1 a 9.
55. Francisco Marcos Pelayo, un procesalista al servicio del Tribunal de Garantías Constitucionales, «Justicia», V.1, 2020, pp. 585-589.
56. El acceso de las mujeres a las profesiones jurídicas según una tesis doctoral de Derecho Procesal leída en 2019, «Justicia», V.2, 2020, pp. 555-558.
57. ¿Por qué cuesta tanto acceder al Tribunal Supremo? (Comentario al auto de 11 de marzo de 2020 de la Sala Primera del Tribunal Supremo) en «Món jurídic: butlletí del Col.legi d'Advocats de Barcelona», Núm. 30, 2020, pp. 62 a 63.
58. Incongruencia sobre la incongruencia en «Diario La Ley», de 23 de junio de 2020, núm. 9659, 2020, pp. 1 a 5.

59. La doctrina procesal penal como Cenicienta: una metáfora sin autor conocido, «Justicia», V.1, 2021, pp. 463-466.
60. Un primer testimonio de primera mano sobre la aplicación de la Ordenanza Procesal Civil de Franz Klein, «Justicia», V.2, 2021, pp. 445 a 448.
61. Un fragmento de historia procesal: la intervención de José Antón Oneca en los procesos penales derivados de la Sanjurjada y en los tramitados contra José Antonio Primo de Rivera en «Revista de derecho y proceso penal», núm. 64, 2021, pp. 57 a 86.
62. Eugenio de Tapia: la tragedia de un procesalista y de su familia en las cárceles de la Inquisición, «Justicia», V. 1, 2022, pp. 283 a 289.
63. El anhelo frustrado de la primera española licenciada en Derecho, «Justicia», V. 2, 2022, pp. 341 a 349.
64. El proceso penal seguido contra Carmen López Bonilla, primera española licenciada en Derecho, «Justicia», V. 1, 2023, pp. 543 a 547.
65. Lorenzo Gallardo, autor del primer estudio publicado en España sobre la obra de Chiovenda, «Justicia», V. 2, 2023, pp. 481 a 486.
66. La oposición a cátedra del profesor Manuel Serra Domínguez, «Justicia», V. 1, 2024, pp. 21 a 87.
67. Manifestaciones en España del movimiento del Derecho libre durante los años treinta del siglo pasado, «Justicia», V.1, 2024, pp. 465 a 469.

4. Obras colectivas coordinadas

1. La ejecución civil: problemas actuales, con PICÓ JUNOY J., Atelier, Barcelona, 2008, pp. 1 a 487.
2. Problemas procesales del concurso de acreedores, con PICÓ JUNOY J.; RIBA TREPAT Cristina y RUIZ DE LA FUENTE Consuelo (coords.), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 1 a 347.
3. Derecho y proceso. *Liber Amicorum* del Profesor Francisco Ramos Méndez, con FRANCO ARIAS J., (coords.)Atelier, Barcelona, 2018, pp. 1 a 2568.

4. Proceso y consumo, con PÉREZ DAUDÍ V., (dirs.), Atelier, Barcelona, 2022, pp. 1 a 340.

5. Reseñas

1. Reseña de la obra de Fernando Gómez de Liaño González «Vuelos de libertad. Memorias desordenadas de un jurista inquieto», s/l, 2018, 423 págs en «Justicia», V. 2, 2019, pp. 593 a 597.
2. Reseña bibliográfica de la obra de Teresa Armenta Deu, *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Madrid, 2021, 347 págs., en «Justicia», Vol. 1, 2021, pp. 419 a 429.
3. Reseña bibliográfica de la obra de José Esteve Pardo, *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder*, Marcial Pons, Madrid, 2020, 93 págs., en «Justicia», Vol. 1, 2021, pp. 431 a 436.
4. Reseña bibliográfica de la obra de Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Derecho procesal: una disciplina en construcción (1800-1940)*, Universidad Carlos III/Dykinson, 2022, 963 págs, en «Anuario de Historia del Derecho español», núm. 93, 2923, pp. 713 a 718.

6. Obras prologadas

1. NAVARRO VILLANUEVA, Carmen; *Suspensión y modificación de la condena penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002.
2. RAMOS ROMEU, Francisco; *La tutela cautelar civil; un análisis jurídico-ecológico*, ed. Atelier, Barcelona, 2005.
3. REYNAL QUEROL, Nuria; *La prejudicialidad en el proceso civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2006.
4. MARTÍN PASTOR, José; *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007.
5. PICÓ I JUNOY, Joan; *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex indicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.

6. TORIBIOS FUENTES, Fernando y DOMINGUEZ LUELMO, Andrés; *Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.
7. CERRATO GURI, Elisabet, *La tutela sumaria de la posesión*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
8. LIBANO BERISTAIN, Arantza; *Los Delitos semipúblicos y privados: aspectos sustantivos y procesales: (adaptado a la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010)*, ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2011.
9. RUIZ DE LA FUENTE, María Consuelo; *Las intimaciones judiciales en el proceso civil*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011.
10. DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2014.
11. ORRIOLS GARCÍA, Santiago; *El judici de petició de llegítima*, ed, Atelier, Barcelona, 2016.
12. HUELMO REGUEIRO, Josefina, *La acción rescisoria concursal*, ed. J. M. Boch, Barcelona, 2016.
13. SABATER SABATÉ, Josep Maria, *La venta judicial de inmuebles*, J. M. Bosch, Barcelona, 2017.
14. LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal: (Reflexiones de lege lata y propuestas de lege ferenda)*, J. M. Bosch, Barcelona, 2021.
15. GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, *El testimonio como prueba: Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*, J. M. Bosch, Barcelona, 2021.

7. Tesis doctorales dirigidas

1. La ejecución de la pena privativa de libertad: suspensión y modificación del título ejecutivo de Carmen NAVARRO VILLANUEVA (1999).
2. Prisión provisional y derechos fundamentales de ODONE SANGUINÉ (2000).
3. La prejudicialidad en el proceso civil de Núria REYNAL QUEROL (2004).

4. Las medidas cautelares civiles: un análisis jurídico-económico de Francisco RAMOS ROMEU (2005).
5. Las cargas familiares (codirigida con el profesor Joan Manel ABRIL CAMPOY) de Francisco Javier PEREDA GÁMEZ (2006).
6. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español (codirigida con la profesora Mercè BARCELÓ I SERRAMALERA) de Adrià RODÉS MATEU (2006).
7. Tratamiento procesal de las infracciones penales perseguibles a instancia de parte de Arantza LIBANO BERISTAIN (2009).
8. Las intimaciones judiciales en el proceso civil de Consuelo RUIZ DE LA FUENTE (2010).
9. La independencia judicial como garantía de un estado democrático de derecho en El Salvador de Mirna Antonieta PERLA JIMÉNEZ (2011).
10. La subsanación en el proceso civil de Felipe GORIGOITÍA ABBOTT (2012).
11. Los efectos del proceso penal por delito contra la hacienda pública en los procedimientos tributarios de liquidación y recaudación (codirigida con la profesora Montserrat PERETÓ GARCÍA) de Joan IGLESIAS CAPELLA (2012).
12. Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal de Juan José DUART ALBIOL (2013).
13. La incidencia del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de los intereses de mora procesal de Montserrat CARCELLER VALLS (2015).
14. El judici de petició de llegítima de Santiago ORRIOLS GARCÍA (2016).
15. Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial (codirigida con el profesor Joan PICÓ I JUNOY) de María Ángeles GONZÁLEZ COULON (2020).

III | La visión de su maestro, sus compañeros y discípulos

ESTRELLADO¹

Francisco Ramos Méndez
Catedrático de Derecho Procesal

Desde esta mesa, significativamente escorada hacia la discriminación femenina positiva, tengo la placentera encomienda de decir unas palabras en este acto de homenaje al profesor Manuel Jesús Cachón Cadenas, con motivo de su acceso a la condición de emérito en esta Universidad. Este grado académico, que no está al alcance de todos por múltiples circunstancias, es ya de por si indicativo de una envidiable trayectoria vital ininterrumpida, que nos apresuramos a rememorar. Aquí, en la UAB, empezó todo y, casi medio siglo después, aquí seguimos felices de acompañar al homenajeado.

Puestos a reconstruir algunos trazos de la historia de su currículum académico, que he tenido el privilegio de compartir con él, se me agolpan los recuerdos y las emociones de forma tal que podía prodigarme largo trecho hasta hartar a toda la concurrencia. Pero me he contenido y voy a tratar de concentrar en una sola palabra algunas de las circunstancias y vivencias que aderezan las entrañas de la vida académica más allá de las fórmulas convencionales al uso en las hojas de vida. La palabra escogida para este propósito es «ESTRELLADO».

1. Transcripción de mi intervención en el acto de homenaje al profesor Manuel Jesús Cachón Cadenas celebrado el 10 de mayo de 2024 en la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB).

Darse de bruces

He elegido este vocablo polisémico porque sus diversos significados me permiten transmitir los mensajes apropiados para rememorar mi andadura académica con el profesor Cachón.

Descartaré ante todo y sin ambages el significado de «estrellado» como fracaso, frustración, fallo, torcimiento, malogro, chasco, estropicio, desacuerdo. Se dice que uno se estrella cuando un proyecto, un examen, un evento, un programa de vida sale mal. Ninguna de esas acepciones es aplicable al caso que nos ocupa. Pero, aun siendo ello así, he creído encontrar un resquicio para aprovechar esta potente acepción de «estrellarse» en el sentido de chocar con alguien, darse de bruces, tener un encontronazo. Y, efectivamente, con Manuel Cachón me di de bruces, me lo encontré, cual Saulo en el camino de Damasco. Pero para ello era preciso que se acomodaran los astros, que la armonía de las estrellas del firmamento se impusiese. Y en este caso, felizmente, se produjo tal conjunción y tal concierto.

En el curso 1978-79, apenas estrenada mi Cátedra de Derecho Procesal en la UAB, me topé con un novicio que, en la ficha de alumno, programaba su periplo vital para «hacer oposiciones aún indeterminadas». No creo que le diera mayor importancia al dato, pues es frecuente. Obviamente, la ristra de matrículas y sobresalientes que acreditaba en su expediente académico te entraba por los ojos, pero, con ser llamativa, tampoco la consideré decisiva. Nunca sabremos a ciencia cierta por qué un alumno decide vincularse a un profesor. En este caso, tratándose, además, de un profesor novel, una simple X —pequeña, grande, extragrande— con Cátedra, si se quiere, no dejaba de ser toda una incógnita a despejar. La parábola evangélica nos recuerda que el sembrador salió a sembrar. La verdad es que tampoco tengo la sensación de haber salido *ex profeso* a sembrar. Sea como fuere, los astros se conjuraron para una conjunción estelar de dos trayectorias vitales, la del discípulo y la del profesor. Una vez más, en el seno del *Alma Mater* se producía esa amalgama fecunda que transmite la vida académica de generación en generación, que renueva el parque profesoral, que actualiza el acervo doctrinal a transmitir a las nuevas generaciones. «Estrellado», pues, me hallé, al toparme con aquel alumno, con la buena fortuna del nacimiento de una nueva estrella en el firmamento procesal.

Excelencia

«Estrellado», en una acepción muy en boga en la actualidad, es también el baremo para medir la excelencia de muchas empresas, cosas y, desde luego, personas. Una ciudad, un paisaje, un cuadro, un hotel, un restaurante, aspiran

a exhibir su número de estrellas como sinónimo de calidad, de nivel, de estatus, de atracción, de que no te lo puedes perder. Bajo está acepción me harían falta todas las estrellas de la Osa Mayor, de la Osa Menor y probablemente todas las de la Vía Láctea para cubrir adecuadamente el currículum del homenajeado. Por supuesto, ello es predictable, ante todo, del abasto y calidad de su obra procesal. Pero estos valores ya han sido resaltados repetidamente por sus pares y aquí los doy como un hecho asumido. Yo me limitaré a evocar algunas anécdotas de las vivencias compartidas para abundar en las estrellas merecidas.

Desbrozándose en las lides procesales

Justo en los años en que el nuevo estudiante cursaba su licenciatura me hallaba yo enfrascado en la redacción de un *Derecho Procesal Civil* de nuevo cuño, el eslabón entre los manuales clásicos de nuestra disciplina y el inevitable rejuvenecimiento generacional. Nada distinto a recoger y ordenar el sistema entonces vigente y dejar constancia del estado de la cuestión. Pero todo un reto para un joven catedrático con la osadía del recién llegado. En esta aventura el apoyo de Manuel Cachón fue providencial. Junto con otros commilitones, peinó los manuscritos, acopió y tamizó jurisprudencia y doctrina, estuvo al quite, en definitiva, apuntó más que maneras. De ello ya dejé constancia documental en los paratextos de mi obra (1980), pero bueno es recordarlo para perpetua memoria.

Un doctorado con recorrido decenal

Como es notorio, el primer desafío de cualquier carrera académica pasa por la elaboración de una tesis doctoral. Este es un punto de inflexión, que marca muchas cosas y casi me atrevería a decir que imprime carácter. En esta empresa se empezó a labrar en firme la excelencia del profesor Cachón. Pues, cuando yo veía cómo trabajaba, lo que daba de sí, pensé enseguida que estaba en condiciones de realizar una tesis doctoral, de esas de no te menees, es decir, de las exigentes, de las que exigen un corredor de fondo que no desfallezca en el primer recodo del camino. Y le propuse como tema de tesis «el embargo».

Nadie se había atrevido, en el último cuarto de siglo, a repensar y reescribir el embargo. Nadie. Seguramente, porque existía una sólida monografía del profesor Carreras Llansana, del año 1957, que pasaba por ser la Biblia de la institución, la doctrina canónica, lo que había que creer y profesar. Ello, tal vez, producía un cierto temor reverencial, que podría llegar a ser disuasorio para revisar tantas proposiciones doctrinales acuñadas y bendecidas.

Manuel comienza a elaborar su tesis doctoral a principios de los años ochenta del siglo pasado, es decir, apenas concluida la licenciatura, coronada con el Premio Extraordinario de Licenciatura de la UAB (1979-1980). Lo normal es que, a la vuelta de tres o cuatro años, un doctorando tenga concluido su trabajo o que al menos esté en condiciones de superar el trámite de su graduación doctoral. El caso es que, trascorridos los años de costumbre, el pudsonoroso doctorando continuaba en la brega con la institución, sin dar por terminado el manuscrito. Se diría que no había forma de acabarlo. ¿Por qué? Sencillamente, porque el doctorando no lo consideraba suficientemente maduro. Siempre encontraba nuevas excusas, nuevos retos, para perfeccionarlo. Sin descanso, acometía revisiones, extensiones, puestas al día, reediciones, todo en uno, buscando, rebuscando, acopiando mas materiales, mas disquisiciones, mas apostillas, mas notas. Yo sudaba la gota gorda, os lo digo de verdad, porque ya me consideraba casi incapacitado para revisar las nuevas entregas.

En fin, para desatascar la situación tuve que acudir a una estratagema. Cuando llegó el año 1988, consideré suficientemente requeteelaborado el trabajo, cogí el manuscrito y lo envié a la imprenta y le dije: «esto se publica ya, leas o no leas la tesis». Cuando vio las galeradas, se autoconvenció de que no quedaba mas remedio que leer la tesis. Y efectivamente así fue.

Las galeradas, que yo he conservado en mi archivo, se pueden ver en la exposición bibliográfica que ha preparado la Biblioteca de la UAB con motivo de esta efeméride. La bondad del trabajo se explica en sus inmediatos éxitos académicos y literarios: el interesado se hizo acreedor del Premio Extraordinario de Doctorado de la UAB (1988-89) y del premio José María Bosch (1989). El libro fue finalmente publicado (1991), tras la enésima revisión del autor. Toda-vía en el año 2000, con motivo de la promulgación de la nueva LEC, el embargo de Manuel Cachón llena por sí solo un grueso volumen de los Comentarios publicados por la editorial Lex Nova. Y ahí sigue como «la» referencia en la materia.

Una monografía non nata

Superado el trámite de la tesis doctoral iniciática tras ocho años académicos de brega, ya teníamos un profesor más que maduro. Era hora de pensar en elaborar algún trabajo que sirviera para concurrir a las inevitables oposiciones que se afrontan a continuación en el currículo profesional y, en su momento, para la cátedra. El tema elegido fue en este caso el sobreseimiento.

Tras dedicarle la oportuna atención y esfuerzo, llegamos a disponer de un denso manuscrito que abordaba en plan monográfico esta institución procesal

con el rótulo: «*Dinámica procesal del sobreseimiento*». El producto tenía tan buena factura que no dudé en anunciarlo como obra en curso de publicación de la colección «Biblioteca de Derecho Procesal» (nº 57) que yo dirigía en la editorial Librería Bosch de Barcelona. ¿Se llegó a publicar efectivamente? No. Las razones tienen pura raigambre en la trayectoria literaria del actor: revisar, reformar, añadir, modificar, perfeccionar, es decir, todas las operaciones matemáticas y algebraicas posibles, mas la prueba del nueve. Una vez más, la búsqueda de la excelencia a ultranza abortó la publicación. Un trabajo cargado de estrellas de calidad, pero no nato para el público. Conservo el original del manuscrito, como prueba de cargo, y ahí está también en la exposición bibliográfica organizada por la UAB.

Aversión a abandonar la UAB

Dentro de ese camino de estrellas que tienen que ver con la excelencia académica, era obvio pensar en la cátedra. Yo creo que un profesor que se ha preparado durante más de una década en las condiciones expuestas, está más que maduro y sazonado para optar a una cátedra universitaria. En esta tesitura, surgió un problema caudal, radical, condicionante. El profesor Cachón nació abrazado a la UAB, ensamblado en su estructura. Nunca se quiso marchar de la UAB. No es que fuera un okupa, porque los okupas llega un momento que se van o los echas. No, no, el profesor Cachón estaba pegado a los cimientos de la UAB de tal manera que fue absolutamente imposible moverlo de aquí. Tanto es así que, no siendo posible franquear este muro, el profesor Just Franco, que está aquí al lado en esta mesa, y que, por así decirlo, venía detrás en el orden sucesorio, pasó delante. Porque, oye, ya que Manuel no quiere moverse, no es el caso de dejar perder las cátedras que tenemos vacantes y que tantos sudores nos ha costado dotar. Así que empezamos por entronizar al profesor Just Franco en una de las cátedras de la UAB (1992), con todas las bendiciones del estamento procesal.

¿Y ahora qué Don Manuel? Lo que pasó forma parte de la historia. Me tuve que marchar yo, como diciendo «ahí os quedáis». Claro que, en realidad, el Derecho Procesal en la UAB quedó en mejores manos, con los profesores Franco y Cachón al frente, que han hecho buena la máxima aspiración de un docente universitario: que los discípulos superen al maestro. Personalmente me quedé muy tranquilo cuando, finalmente, en el año 1993, pudimos consagrar también al profesor Cachón como catedrático de número de la UAB. Hubiera ganado la categoría muchísimo antes, si no fuera por ese intrínseco afán de excelencia, de superación y de perfección que lo caracterizan.

La conjunción estelar de esta efeméride

Termino estos apuntes históricos con un último guiño de la palabra «estrellado». Esta, como he dicho, requiere la conjunción de los astros en armonía total para que se produzca determinado evento, como el que se está produciendo en este momento. Yo, que por la ley de la naturaleza debería estar fuera de juego en otro sitio, estoy hablando y participando en un homenaje a mi discípulo desde el estrado, cuando en el orden natural de las cosas sucede al revés. ¿Por qué ocurre esto? Pues esto ocurre porque los astros se han conjurado para que suceda. La promesa bíblica a Abraham, de tener la descendencia más grande que el polvo de la tierra, y la admonición a los contrayentes en el matrimonio canónico de que vean a los hijos de sus hijos hasta la tercera y cuarta generación se han conjurado para que sea así. Me considero, pues, de nuevo, felizmente «estrellado».

Gracias, Manuel, porque todo esto forma parte ya de nuestra historia. Como colofón de mi perorata tengo aquí un pequeño recuerdo, que no lo voy a desempaquetar. No sé por qué te has dedicado al procesal, ni qué has visto tú en la equis de aquel catedrático novel. Pero en aquella época, atreverse a publicar un libro con las pastas amarillas, aun cuando entonces el amarillo era un color neutro políticamente hablando, era un acto de osadía. Como yo sé que este libro lo tienes corroído, lo tienes retorcido, lo has sudado, y te lo has comido a cachos, he rescatado un ejemplar nuevo, con una dedicatoria especial del día de hoy, que te la lees tú, y luego, si quieres hacer partícipe a los demás, pues ya verás lo que conviene. Gracias de nuevo.

BREVE NOTA SOBRE UNA LARGA AMISTAD

M^a Victoria Berzosa Francos

Profesora Titular de Derecho Procesal UB

Del Profesor Manuel Cachón es obvio que puede hablarse desde diversas perspectivas: como docente, como investigador e, incluso, como historiador. Pero no voy a referirme a ninguna de ellas, sino que voy a centrarme en la de Manuel Cachón como amigo.

No hace mucho tiempo, y sabiendo que goza de una extraordinaria memoria, muy superior a la mía, le pregunté cuándo nos habíamos conocido o cuánto tiempo hacía que nos conocíamos. Me respondió que él creía que nos habíamos conocido cuando yo fui a ver al Profesor Francisco Ramos para entregarle un ejemplar de mi tesis doctoral, porque formaba parte del tribunal que debía juzgarla. Únicamente menciono este dato o este detalle para poner de manifiesto el muchísimo tiempo que ha transcurrido.

No coincidimos nunca Manuel Cachón y yo en el o los, como se denominaban entonces, Departamentos de Derecho Procesal, porque él ha permanecido durante toda su vida académica en la Universidad Autónoma de Barcelona y yo, en cambio, en la Universidad de Barcelona. No obstante, sí empezamos a coincidir en algunas actividades que se realizaban y en las que estaban implicados los dos Departamentos o las dos Facultades, con la colaboración, en algunas ocasiones, del Colegio de Abogados o Procuradores, sobre todo si se trataba de analizar alguna modificación legal o una nueva normativa, si bien estas actividades eran entonces mucho menos frecuentes de lo que lo son ahora, y seguramente por diferentes razones, pero también por una muy evidente porque, si nos ceñimos al ámbito de Cataluña, no existía la Facultad de Girona, ni la de Tarragona y la de Lleida era lo que se denominaba un Estudio General que implicaba que profesores de la Universidad de Barcelona nos desplazábamos temporalmente para impartir las clases y realizar otras actividades lectivas.

Por supuesto, no existía tampoco la Universidad Pompeu Fabra.

Y en estas actividades y en estas coincidencias, comenzamos a hablar de temas procesales y de temas no procesales y, seguramente, ahí estuvo el origen de nuestra amistad que ha llegado a ser cada vez más profunda y cercana y que además se extiende, por descontado, hasta el momento actual.

Es obvio, que nuestra amistad no habría llegado a ser tal, si esas conversaciones hubiesen versado exclusivamente sobre el objeto del proceso, la litispendencia, la cosa juzgada, el embargo, la venta de bienes embargados, o el acierto o desacuerdo de determinada reformas legales, pero, en seguida y, de forma no premeditada, comenzamos a hablar de temas personales, de acontecimientos políticos y sociales de aquellos momentos ya un poco lejanos, de lecturas —el Profesor Cachón era y sigue siendo un lector empedernido y voraz—, de películas que habíamos visto y que nos habían gustado o no y es cierto que siempre tuvimos una gran sintonía.

A esta amistad, se incorporó, hace ya tiempo, Nuria, algún amigo mío, algunos miembros de mi familia, y esa amistad propició también mi excelente y cariñosa relación con todas las Profesoras y Profesores del Área de Derecho Procesal de esta Universidad, que integran un excelente equipo, tanto desde el punto de vista humano como jurídico, bajo la dirección del Profesor Manuel Cachón, hasta su reciente jubilación, y sin olvidar a los Profesores Francisco Ramos que fue Catedrático de Derecho Procesal de esta Universidad y Just Franco que también lo fue hasta fechas recientes.

Finalmente, quiero agradecer a Manolo su calidad humana, las muchas conversaciones, cenas y comidas que hemos compartido a lo largo de todos estos años y que confío en seguir compartiendo, bien sea en Barcelona, en Tarrasa, en su lugar de origen, al que llama cariñosamente La Aldea, o en León, ciudad de la que es un guía extraordinario que conoce todos los rincones y todas las obras maestras que encierra su Catedral y la Basílica de S. Isidoro, sin dejar al margen sus restaurantes, paseos y alrededores.

UN CUENTO DE NAVIDAD JUDICIAL¹

JFA

Un fiel admirador

SUMARIO: 1. VISITA A UN PAÍS EXTRAÑO DONDE LOS MEJORES EXPEDIENTES PUEDEN ACCEDER DIRECTAMENTE A SU ESCUELA JUDICIAL. 2. UNA PIZCA DE DEMOCRACIA PARA LOS MÁS ALTOS CARGOS JUDICIALES, TAMBIÉN CARACTERIZA EL PAÍS VISITADO. 3. TAMBIÉN SON DISTINTOS LOS FILTROS DE ACCESO A LA CASACIÓN. IV. LA VIDA ES SUEÑO Y LOS SUEÑOS SUEÑOS SON

1. Visita a un país extraño donde los mejores expedientes pueden acceder directamente a su escuela judicial

A un país lejano de cuyo nombre no puedo acordarme, llegó un sabio de otras latitudes.

Le llamaremos M, ya que tampoco puedo recordar su nombre.

Era un hombre de estatura media, más bien moreno, el pelo un poco ralo, de edad madura, cuando los buenos árboles dan sus mejores frutos.

Llegó en barco a la isla que era el país. No gustaba de volar, debido a malas experiencias que había tenido hacia años con los «ingenios mecánicos aéreos» que había utilizado en su juventud para agilizar sus traslados.

El profesor M había recorrido casi todas las bibliotecas y demás lugares donde se atesoraban conocimientos jurídicos. Siempre andaba en búsqueda de más. Su sed era insaciable. Era uno de esos raros casos en que disfrutaba aprendiendo. Era un placer para él, quizás el mayor de todos.

1. Para el improbable caso de que este insignificante relato, sea incluido, como pretende, en la magna obra de muy sesudos y valiosos textos, su escrita quiere hacer humildemente una advertencia al benevolente lector. En su origen, fue escrita en letra denominada *Lucida Calligraphy*. Si en el libro recopilatorio, por necesidad de imprenta, es transcrita de otra forma, téngase en cuenta en mi descargo. Se pretendía dar a esta crónica un tipo de letra distinto al del resto, para distinguirlo como lo que es, un mero cuento, poco más que una simple chilindrina.

Como su fama era conocida y su humildad proverbial, cuando solicitó acceder a los lugares de conocimiento del país que nos ocupa, no sólo se lo concedieron sin reparos, sino que le asignaron a un guía, para que no hubiera ninguna puerta cerrada para él, ni duda que no tuviera medio de resolver.

El día y hora acordados para encontrarse con el guía, a fin de iniciar sus pesquisas, estaba allí puntual. Como no, prefirió quedar en una de las grandes bibliotecas de una de las mejores universidades del país, que en cualquier otro lugar.

Allí, le esperaba el guía. Se presentó como su guía turístico judicial. Se llamaba Virgi. Era un hombre corriente, de edad indefinida, sin ninguna característica destacable.

El Prof. M le expuso que lo que le interesaba era conocer el sistema judicial que imperaba en el país. Había estudiado muchos otros y andaba a la búsqueda del mejor de todos o, al menos, el mejor que fuera viable en su país de origen.

Para empezar, le pidió que, mientras compartían un café, uno de los pocos «vicios» del Prof. M, pues ya hacía tiempo que había dejado de ser el emperrado fumador que fuera en otros tiempos, le resumiera la situación al respecto en su país.

El guía no mostró ningún reparo. Al contrario, le dijo que estaba encantado de hacerlo. Tenía curiosidad por someterlo al escrutinio de un Profesor tan relevante como M. Así que empezó a hablar sobre el tema.

Le dijo que para evitar extenderse en exceso, intentaría centrarse en las diferencias respecto a las del país del Profesor, señalando algunas de las principales.

Para la entrada inicial como Juez en la judicatura, aquí, además de oposiciones, se reservan un número de plazas para los mejores expedientes de nuestro equivalente a su Grado en Derecho de todas las Universidades del Estado. Se inspira en el sistema «tedesco».

Las plazas que no se cubran revierten en la oposición.

El Prof. M preguntó: ¿No se cubren siempre todas? Parece una buena opción para los recién graduados.

El guía suspiró y le dijo: El sueldo es bajo en comparación con el que ganarían en un despacho de prestigio, que también les ofrecen entrar a su servicio al terminar la carrera.

Además, el trabajo es abundante. Los Juzgados, por lo general, están bastante colapsados.

Así que, sólo se pilla a los que son un poco ingenuos e idealistas, con ganas de cumplir un «alto servicio social».

Pero se curan rápido de sus sueños sacados de las películas americanas, cuando empiezan su labor como jueces.

Tienen que optar por ponerse de inmediato el mono de trabajo y empezar a sacar adelante expedientes lo mejor y más rápidamente que pueden o tirar la toalla y abandonar. Estamos intentando, dijo el guía, dotar mejor a la Justicia. Pero aún estamos lejos de las ratios de jueces por habitante que tienen los países del norte.

En la Escuela Judicial y las prácticas posteriores se hace una buena criba de candidatos.

No todos pasan, a diferencia de los opositores que, en general sí la superan. Estos últimos llegan más maduros, con mayor espíritu de trabajo y sacrificio, tras la oposición, y con las ideas más claras.

Se está planteando que el currículo a valorar incluya la necesaria superación de lo que en su país sería el Master de Abogacía, para que entren un poco más curtidos.

En todo caso, se ha creído bueno abrir el sistema de oposiciones por las críticas al sistema de oposiciones. Se le critica valorar en exceso la parte memorística, aunque hay jueces que reconocen que la mayor parte de sus conocimientos jurídicos provienen precisamente de ese intenso estudio. La memoria no se valora hoy y posiblemente sea tan erróneo como centrarlo todo en ella.

También se intenta acallar así, las malas lenguas, que critican el presunto favoritismo por razones ajenas a la capacidad de los opositores (por ejemplo, debido al preparador que ha tenido el opositor y sus contactos, a pertenecer a una familia de abolengo judicial u otras razones similares). Los datos estadísticos no permiten confirmar estas creencias, dada la diversidad de los que acceden mediante oposición. Pero de esta forma se palían también estas críticas. Los mejores tienen vía libre para acceder a través de los dos sistemas previstos.

Lo que sí se ha intentado es dotar de buenas becas a los que preparan oposiciones, para igualar las oportunidades de los que elijan este camino. También durante la carrera las becas son suficientes para igualar las oportunidades del alumnado.

De momento, el doble sistema no marcha del todo mal. Hay gente válida que no hubiera opositado y que al final lo acaba haciendo bastante bien. Por otro lado, hay alumnos que maduran más tarde. Acaban sin un buen expediente. Pero a través de la oposición pueden demostrar su valía.

El Prof. M preguntó, tras las anteriores explicaciones: ¿Se ha tenido en cuenta que alguna Universidad, especialmente de las privadas, podría tener la tentación de incrementar en exceso las notas de sus alumnos para favorecer su acceso a la carrera judicial, como reclamo para captar más alumnos?

El guía, sonriendo le dijo: bien visto profesor. Sí se ha tenido en cuenta.

Si se aprecia que alguna Universidad Pública o Privada, se aparta de la media de la campana gaussiana, el órgano de Gobierno Judicial, previa tramitación del correspondiente expediente para esclarecer el caso, puede llegar a aplicar un coeficiente reductor, al tener en cuenta los currículos de esa Universidad.

2. Una pizca de democracia para los más altos cargos judiciales también caracteriza el país visitado

El guía siguió su relato. En cuanto al ascenso de lo que en su país sería la categoría superior a la de Juez, es decir, la de Magistrado o la de Magistrado del Tribunal Supremo, no hay grandes novedades en nuestro sistema, ni en cuanto a cómo se alcanzan, ni los tribunales unipersonales o colegiados a los que pueden acceder, ni en los cargos o funciones que pueden desempeñar en esos Tribunales.

Por lo tanto, no entraré en ello. Me centraré, si le parece, en una peculiaridad que presentan las plazas que ocupan los Magistrados que conforman los equivalentes en su país a los Tribunales Superiores de Justicia y al Tribunal Supremo.

El aspecto que quisiera destacar es que periódicamente deben someterse a un plebiscito.

Cuando se accede a estas plazas del máximo nivel, una vez transcurridos ocho años, en el momento en que haya las primeras elecciones que abarquen el ámbito jurisdiccional del Tribunal al que sirven, se someterá a referéndum su continuación.

Si lo superan, se mantendrán ocho años más, cuando deberán volver a presentar su continuación a referéndum y, así, sucesivamente, cada ocho años. Si no lo superan, simplemente, vuelven a su tribunal anterior.

El Prof. M, le señaló que le parecía un tanto perturbador para el buen funcionamiento del sistema judicial y la salvaguarda de la independencia judicial. Había un peligro de politizar en exceso estos altos Tribunales.

El guía le respondió que, efectivamente, no estaba exento de controversia.

Pero el guía le señaló que no es un sistema del todo desconocido.

Por ejemplo, según creía, en el país del este de la luna poniente, cada miembro del Tribunal Supremo es evaluado por la ciudadanía a los diez años de su nombramiento. Se hace en las primeras elecciones generales que se produzcan una vez transcurrido este periodo.

También creía tener noticia el guía que también, en algunos Estados al norte de las Indias Occidentales, se ratificaba el cargo judicial mediante referéndum, afectando esta práctica a casi todos los estratos judiciales.

Se intentan tomar medidas para evitar en la medida de lo posible la politización de estos altos cargos judiciales, como se hace en los países citados, con un éxito relativo. Pero, se mantiene atendiendo que les da una cierta legitimación democrática de la que carecían.

Se trata de jueces que son quasi-legisladores, en la medida que ocupan el lugar más alto entre los órganos encargados de interpretar las leyes. El resto de Tribunales les sigue por su «auctoritas». No se ha creído conveniente que su interpretación sea obligatoriamente vinculante para los Tribunales inferiores. Creo Profesor que en su país ocurre algo similar.

El guía añadió, a todo lo anterior, que se estaba planteando sustituir el refrendo en unas elecciones, por la temporalidad en la ocupación de las plazas de los altos Tribunales.

Se estaba valorando la posibilidad de que los jueces que ascienden a estos Tribunales, lo hagan sólo por ocho años. Después, volverán a su Tribunal anterior.

M preguntó ¿No se perderían buenas cabezas con demasiada rapidez, al excluirlos de las altas instancias? ¿No sufre la independencia judicial?

El guía meditó un momento antes de contestar. De nuevo Prof. M tiene razón en cuanto a sus dudas. Son algunas de las que aún persisten en nuestra doctrina. De todas formas, se considera que podría tener sus ventajas que le pasó a resumir.

Aunque sean plazas temporales, no pueden ser removidos de sus plazas durante su mandato, salvo por las mismas causas que el resto de los jueces de las suyas. Con ello, se pretende salvaguardar su independencia.

La rotación podría, ciertamente, sacar de estas plazas superiores jueces de alta capacidad y cualificación tras un periodo relativamente breve.

Pero, por el contrario, no permite anquilosarse ni endiosarse a los integrantes de estos tribunales.

Tienen tiempo suficiente para gozar de su cargo y dejar su impronta. Pero luego han de hacer el acto de humildad de volver a un segundo plano, en sus antiguos Tribunales, normalmente el equivalente a sus Audiencias Provinciales.

Cuando vuelvan a sus plazas, tendrán una experiencia y una nueva visión de las cosas que, posiblemente, les sea enriquecedora en su quehacer diario y, también, podrán transmitirla al resto de magistrados del Tribunal colegiado al que vuelvan.

3. También son distintos los filtros de acceso a la casación

El guía, siguió con sus explicaciones. Otra de las características especiales de nuestros más altos Tribunales es que no se erigen sólo en adalides de la defensa del derecho abstracto, la norma pura, o de unificadores de las decisiones de las huestes de tribunales inferiores.

Su principal función es la tutela judicial efectiva del ciudadano de a pie, como el resto de los tribunales.

El Prof. M, apurando la última taza de café servida, le señaló al guía que este sistema intuía que podía presentar problemas de saturación de los altos Tribunales. ¿No se producía un cuello de botella que estrangulaba el sistema en la cúspide? ¿No se producían graves dilaciones, si todos los casos podían llegar a estos altos tribunales sin filtros y teniendo que revisar todos los extremos relativos tanto a los hechos como al derecho?

El guía respondió afirmativamente que ya había sucedido en el pasado esta situación. Por ello, actualmente, el sistema se consideraba esencialmente de doble instancia. El equivalente a su casación antes los tribunales Superiores o Supremo, era excepcional, le señaló el guía.

Estos tribunales escogen simplemente aquellos casos que subjetivamente les parecía que era conveniente prestarles atención.

La razón para aceptarlos es normalmente por ser más graves, por la controversia que habían producido o podían producir, porque ayudaban a intentar fijar un criterio de resolución cuando había distintas interpretaciones en casos parecidos en las instancias inferiores u por otras razones de peso parecidas.

Pero los altos Tribunales no tienen una norma que les diga cuales deben aceptar. Lo hacen libremente con los que les parece y ni tan siquiera han de justificar su decisión, si no quieren.

Así pues, la excepcionalidad no venía por el establecimiento de filtros para recurrir, tales como, por ejemplo, limitación de páginas del recurso u otros requisitos formales en su formulación, una determinada cuantía, la exclusión de los errores en la fijación de los hechos, la defensa sólo de la aplicación correcta de la norma o la unificación de la doctrina jurisprudencial.

Se habían intentado con anterioridad estos límites y otros adicionales. Todos habían fracasado.

Pese a los límites «objetivos» citados que se habían probado, el flujo de recursos seguía siendo enorme, buscando cualquier resquicio para entrar.

Los Tribunales que se encargaban del equivalente a su casación, se defendían a capa y espada, intentando justificar las exclusiones, con argumentos muchas veces formalistas o estereotipados.

Lo único que conseguían era afear el trabajo del letrado recurrente, sin justificación, en muchos casos. Quedaba ante su cliente, como si no supiera formular un recurso, cuando el problema estaba en que el Tribunal, simplemente, se sacaba los casos «a paletadas», sin miramientos.

También perjudicaba a la credibilidad de los más altos Tribunales. Sus decisiones de inadmisión, a menudo, se tachaban de arbitrarias y/o faltas del debido fundamento.

Por otra parte, la exclusión del control de la parte fáctica en algunas jurisdicciones como, por ejemplo, la civil, se ha descartado, por diversas razones adicionales.

Los errores en la fijación de los hechos, como mínimo infringen normas procesales, de admisión, práctica o valoración probatoria. Son normas imperativas, tan importantes como las materiales.

Estos errores «procesales», por otra parte, ya se admitían en casación, como no podía ser de otra forma al ser infracciones normativas. Se intentaban restringir en lo posible, aduciendo que sólo podían alegarse en los casos más graves.

Pero era un mero filtro más de inadmisión que se percibía como injustificado y faltó de fundamento, en muchos casos.

Era muy difícil lograr encontrar un caso en que el Tribunal aceptara que el error era suficientemente grave. Los Tribunales, saturados de trabajo, tendían a intentar evitar revisar los hechos por el trabajo extra que comportaba. Las inadmisiones se intuían automáticas respecto a estos errores. Como un simple medio más para librarse de recursos como fuera.

Pero se consideró que no hay tutela judicial efectiva, si hay error en la determinación de lo sucedido.

No se puede afirmar que en estos casos haya una aplicación realmente correcta del sistema normativo al caso. Incluso, había dudas de que no flaqueara la interpretación de las normas y su defensa, en estos casos.

Es más, los propios altos Tribunales no estaban cómodos con este límite, ni cuando presuntamente sólo tenían que juzgar sobre la corrección en la aplicación objetiva de las normas sustantivas, en los tiempos en que fue así.

A fin de no bajar la guardia y abrir demasiado la puerta de la casación, pero al mismo tiempo corregir los errores de hecho, se optaba por soluciones «imaginativas».

Así, se mantenía el postulado a ultranza de que los hechos prácticamente estaban excluidos de la casación.

Con ello, se evitaban también el trabajo de repasar todo el legajo, incluidos los DVD con las pruebas grabadas.

Podían resolver, si querían, sólo con la Sentencia de segunda instancia y el recurso de casación y su oposición.

Pero, por otro lado, sí les parecía que debían entrar en los hechos, por existir errores, entraban.

A veces, incluso, fueran o no objeto de recurso. Por ejemplo, al dictar la Sentencia de casación acudían a la técnica de la «integración del factum», alegando que era ineludible completar la parte fáctica de la Sentencia de apelación, para el pronunciamiento.

También, en ocasiones, aunque se afirmaba lo contrario por el Tribunal, se intuía la entrada de la sentencia de casación, en la parte fáctica del caso, al amparo de conceptos jurídicos indeterminados o de normas que admiten, en general, un abanico amplio de interpretación (por ejemplo, normas relativas a la interpretación de la intención de los contratantes, de «cláusulas oscuras», o de la buena fe o su falta).

En estos casos, se intuía que a veces, el Tribunal consideraba que encajaba la norma y sus consecuencias en el caso, no tanto por los hechos probados de la sentencia de apelación, sino, más bien, porque el tribunal de casación entendía que, dados los verdaderos hechos acaecidos, debería encajar, aunque fuera forzando un tanto la aplicación normativa, al mantenerse formalmente como válidos los hechos fijados en la sentencia apelada.

Finalmente, otro ejemplo detectado era que a modo de «juego de manos» se alteraban los hechos de la Sentencia, sin reconocerlo. Con mayor o menor sutileza, se recogen hechos en la sentencia de casación que no habían sido claramente declarados probados por la de apelación.

Las partes se daban cuenta. Sólo una de ellas, la que ha perdido, era posible que intentara quejarse. No tenía muchas opciones dado el cierre procesal que comporta la sentencia de casación.

No era frecuente que se detectaran estos casos por terceros ajenos al caso, por ejemplo, estudiosos de la materia procesal o de la cuestión material a que se refería la sentencia.

Se centran de ordinario en el estudio de las sentencias de casación.

Dan por bueno los hechos que las sentencias de casación determinan como probados en segunda instancia, en los que se dice que se amparan.

No había una comparación entre lo que fijaba la sentencia de apelación realmente y lo que recogía la de casación como presuntos hechos probados en la sentencia de apelación.

En algún caso, se hizo por algún «excéntrico» amante de la revisión de colecciones jurisprudenciales y se detectó algún caso que incurría en lo expuesto.

Por lo señalado y por otros argumentos, se creyó mejor abrir la casación, también, a los errores de hecho en todas las jurisdicciones.

El Profesor M comentó ante todo lo anterior, si no trastocaba en exceso las bases del sistema judicial e, incluso, de la estructura del sistema jurídico. ¿No se ponía en cuestión la necesidad de un Tribunal Superior defensor del derecho positivo como una de las esencias del Estado de Derecho y de la propia separación de poderes?

El guía respondió que eran ciertas sus apreciaciones. Pero pese a todo se había optado por la opción actual, considerándola una de las menos malas.

Se aceptó la realidad, es decir, que los jueces son humanos con todo lo que ello conlleva de carga política, social y demás vivencias que arrastran.

Que los jueces, pese a tener como objetivo ideal el de ser meros aplicadores ciegos del derecho positivo, no lo son ni lo pueden ser en cuanto humanos.

En la realidad su función se acerca más a la de creadores del derecho en lo concreto, aunque intenten ajustarse en lo posible a la norma.

Es decir, que pese a que nuestro sistema jurídico intenta tender, al menos idealmente, a la doctrina procesal dualista (el juez como mero aplicador del derecho creado por el legislador), cae en la realidad más hacia la monista (el juez como creador del derecho en lo concreto, teniendo en cuenta no sólo la norma, sino otros «inputs»).

Esta aceptación llevó a su vez a descartar la conveniencia de un Alto Tribunal que realizara sólo una función nomofiláctica de defensa pura de la norma positiva, como si realmente pudiera desprenderse de toda influencia e imbuirse sólo del verdadero espíritu del legislador.

Por otra parte, la creación e interpretación auténtica de las leyes parece más propia de los Parlamentos, en un sistema de separación de poderes estricto. Algo en esta línea de devolver al Parlamento, de alguna forma, los casos graves de dudas en la interpretación legislativa, se está analizando por nuestros sabios.

Ni tan siquiera se tenía claro que en la actualidad sin revoluciones de por medio de las que haya que defender sus normas frente al Antiguo Régimen, ni Tribunales con legitimidad democrática especial y directa, esta función de defensa del derecho positivo sin más, sea imprescindible o ni siquiera la más deseable.

Por tanto, se optó por la opción más sencilla. Los jueces de todos los niveles deben dar tutela judicial efectiva al caso, para no perder el norte de su función ni creer que su función va más allá de la de cualquier otro Tribunal.

Si es posible, además, deben intentar dar opiniones sensatas para resolver las dudas de todos los operadores jurídicos, en la aplicación de las normas nuevas o para adaptar a los tiempos actuales las normas más vetustas.

Si es posible, también, deben mediar, mediante su «auctoritas», en los conflictos interpretativos que puedan surgir al resolver determinados casos por los tribunales inferiores. Es decir, aprovechar uno de esos casos para analizar con detalle todas las posibilidades interpretativas y apuntar justificadamente a la que pudiera ser más razonable.

Pero, todo ello, sin excesivos formalismos ni exabruptos, ni subirse a altas tarimas.

Simplemente, se asume, por todos, ellos los primeros, que no pueden juzgar todos los casos y escogen, asumiendo que seguramente pueden equivocarse en la elección como humanos que son.

Creo, Profesor, dijo el guía, que en su país, lentamente van deslizándose por una pendiente que les llevará al mismo sitio.

Si no lo he interpretado mal, en la reforma de hace unos años de su Tribunal Constitucional, ya se reconoció que no se era capaz de atender a todas las infracciones de derechos fundamentales a los ciudadanos.

En contra de lo que debería ser la esencia misma de su recurso de amparo, es decir, que todo ciudadano pudiera verse protegido, si se vulneraban sus derechos individuales más fundamentales, se ha optado por que decida el Tribunal lo que hay que proteger a través de una fórmula bastante genérica a la que debe atender el Tribunal al decidir sobre la admisión.

Así, creo que sólo se admitirán aquellos en que «el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a

su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.»

La resolución de inadmisión en su Tribunal Constitucional, además, se establece escueta y, prácticamente, irrecusable.

Lo mismo le ha sucedido a su recurso de casación civil, en la última reforma aprobada.

La inadmisión no precisa fundarla largamente y se prescinde de las alegaciones previas o recursos ulteriores. Aunque tampoco antes parecía servir de mucho dar vista a las partes, en orden a hacer cambiar de criterio al Tribunal, según me han llegado comentarios.

Además, se tiende a centrar la casación en la defensa de la jurisprudencia y en la creación de la misma cuando no la haya.

Aunque pueda parecerlo, no es exactamente lo mismo proteger la interpretación de un alto Tribunal de una norma, que ha fijado su contenido a modo de quasi legislador, que la defensa pura de la norma positiva misma, obligando a reflexionar sobre ella en cada caso enjuiciado, incluso aunque parezcan parecidos, porque iguales del todo no hay ninguno.

Por otra parte, señaló el guía, en nuestro país hay dudas de que sirva de mucho el esfuerzo «titánico» que deben hacer los letrados para intentar convencer que, su caso, si es suficientemente grave en cuanto a la vulneración de un derecho fundamental o la infracción de la jurisprudencia, con búsqueda de arcanos antecedentes que lo demuestren.

Se estima que los Tribunales tienden a aceptar aquellos casos que, tengan o no mucha «vestimenta jurisprudencial», creen que tienen un cierto interés doctrinal o social.

Finalmente, el Profesor M preguntó cómo se controlaba la productividad de los Altos Tribunales, si podían escoger los casos sin más.

El guía respondió, igual que creo que ocurre en su país, si se apartan de la media con años anteriores, pueden saltar las alarmas y abrirse una inspección. Pero, la verdad es que se confía en su profesionalidad. Es difícil controlar realmente a estos altos Tribunales, precisamente por lo que son.

Con todo hay algunas voces de exaltados, que proponen someter a todos los jueces a control horario, obligación de acudir a diario a sus Tribunales y fijarles un número mínimo de casos anuales a resolver, salvo causa justificada.

4. La vida es sueño y los sueños sueños son

El Prof. M., asintió comprensivo y añadió: No me resisto a hacerle una última pregunta: ¿Vd., y no me responda con evasivas, cree que el sistema que me ha descrito funciona bien en la realidad del día a día?

El guía, mirando a un lado y otro, con cara circunspecta, se le aproximó al oído para darle respuesta y en ese momento, el Prof. M. despertó con el primer rayo de sol que entraba por la ventana de su despacho en la Universidad de la localidad de Guapatierra, a la que pertenecía. Era el día de Navidad.

Sintió un gran alivio. Todo había sido un sueño de una noche mágica de solsticio de invierno.

La noche anterior se había retrasado en su despacho poniendo al día las muchas tareas que tenía pendientes. Se había quedado dormido sobre los papeles a altas horas de la noche.

No era la primera vez. Su familia ya conocía y perdonaba sus excesos laborales, muchas veces nocturno.

El Prof. M no era alondra sino búho. Incluso, los vigilantes nocturnos de la Universidad, le consideraban casi uno de ellos. Estaban pendientes para abrirle la puerta cuando quería abandonar la Facultad.

En fin, se dijo el Prof. M., a la distopía que he vivido en mi ensoñación, con tintes Orwellianos o de realidad mágica de Cortázar o de cuento del tradicional nórdico de los Grimm o de Andersen, merecía que se le aplicase el verso del gran Calderón, la vida es sueño y los sueños sueños son.

LA HISTORIA DEL PROFESOR CACHÓN

Enric Fossas Espadaler

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona

*«El ejercicio más fructífero y natural de nuestro espíritu
es, a mi entender, la conversación.*

*Su práctica me parece más grata que la
de cualquier otra acción de nuestra vida»*

Michel De MONTAIGNE (Los Ensayos, III, 8)

SUMARIO:1. LA HISTORIA DE UN LIBRO: UNA LARGA CONVERSACIÓN.2. LA HISTORIA DE MANOLO: DE CABANEROS A TERRASSA. 3. LA HISTORIA DE «EL PROFESOR»: DE BECARIO A CATEDRÁTICO. 4. LA HISTORIA DEL DERECHO: VIDAS DE PROCESALISTAS. 5. CODA. LA MANOLOGOLOGÍA: PRIMERA TESIS

1. La historia de un libro: una larga conversación

El 14 de mayo de 2024 tuvo lugar en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universitat Autònoma de Barcelona la «Jornada de Homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas». El Comité Organizador, integrado por los profesores del Área de Derecho Procesal, me propuso participar en una de las mesas que, bajo el título «Las historias del Profesor Cachón», moderó la profesora Cristina Riba. Le agradecí a ella y a las profesoras Carmen Navarro y Núria Reynal que contaran conmigo, y me alegré mucho de poder intervenir en un acto en el que los amigos y colegas del profesor compartiríamos nuestra estima y admiración por una persona excepcional. Un encuentro en el que le diríamos —y nos diríamos— lo afortunados que nos sentimos de que se haya cruzado en nuestras vidas. Y ahora, cuando éstas empiezan la andadura de los últimos tramos, recordaríamos y compartiríamos todo aquello que él nos ha aportado académicamente y humanamente a lo largo de los años.

La mesa contó con las intervenciones de los profesores Joan Picó y José Juan Moreso, quienes glosaron la figura del profesor como historiador, y revisaron su amplia obra sobre la Historia del Derecho Procesal. En mi ponencia, titulada

«La historia del Profesor Cachón», expuso algunas de las ideas que figuran en las líneas que siguen, escritas «*mullant la ploma al cor*», como dice la canción que Serrat dedicó al poeta Joan Salvat-Papasseit.

Cuando el profesor transitó hacia el jubileo forzado por sus problemas de salud, le propuse un proyecto que pretendía substituir unas memorias que él admitió que jamás escribiría, excepto quizás para sus nietos. Se trataba de una larga conversación sobre su vida, su obra, su pensamiento, y sobre los temas que hemos hablado durante los años compartidos en la Facultad. Estos diálogos se convertirían en un libro que trataría de mostrar la dimensión humana e intelectual del profesor, entretejiendo los aspectos biográficos con las claves de su pensamiento. No sólo en el ámbito jurídico sino en otros muchos que han sido objeto de interés y estudio a lo largo de su vida hasta llegar a la madurez, o aquéllos en los que ha llevado a cabo alguna actividad profesional o académica. No era ninguna idea original pues existen numerosas obras con este formato en las que me inspiraría, salvando las distancias, como por ejemplo, G. Steiner, *Un largo sábado. Conversaciones con Laure Adler* (Siruela, 2014).

Elaboré mi propuesta, que contenía la concepción del libro, su estructura, una cierta metodología, y un plan de trabajo. Y se la presenté al profesor, que con su realismo campesino me dijo: «Bueno, a ver qué da de sí la cosa». Tras los primeros encuentros que mantuvimos en Terrassa, en el despacho del abogado y profesor Santi Orriols, fui testigo del progresivo paso desde el escepticismo inicial hacia una cierta ilusión que ha incrementado desde entonces hasta el momento de redactar esta breve contribución, cuando la obra está terminada¹. El libro es pues mi homenaje al profesor, fruto de la amistad que nos une, y de la necesidad de dejar un testimonio de la trayectoria vital y académica, así como del pensamiento, de alguien al que todos consideramos un poco nuestro maestro porque siempre aprendemos de él. Con este propósito, la obra se divide en seis capítulos: «Las raíces, la sangre, las patrias y los dioses», «La tribu universitaria», «El Derecho, la historia, y la historia del Derecho», «Jueces, abogados y procuradores», «Libros, bibliotecas y archivos», y «Una visión del mundo». Me gustaría dar cuenta del contenido de aquéllos que ayudan a comprender la historia del profesor.

2. La historia de Manolo: de Cabañeros a Terrassa

En el primer capítulo se habla de los años de infancia y juventud en su tierra leonesa. En concreto, en su población natal, la pedanía de Cabañeros, en la

1. CACHÓN CADENAS, M.J y FOSSAS ESPADALER, E. ; *Un largo paseo. Conversaciones sobre la vida y el Derecho*, Atelier, Barcelona, 2025.

que creció en los años cincuenta y sesenta del siglo pasado, apenas veinte años después de finalizada la Guerra Civil, en el seno de una modesta familia de campesinos, y en unas condiciones económicas, sociales y políticas extremadamente difíciles. El relato de esos primeros años pone de manifiesto la importancia que las raíces tienen en la vida de toda persona, y en su caso demuestra la enorme influencia que esa etapa ha tenido en su carácter, en su manera de ver el mundo y en sus creencias, hasta el punto de poder identificar el rastro que aquellos años dejaron en la persona que es hoy. El profesor reconoce que sus valores y su visión del mundo son los de un campesino leonés: moderación, realismo, afán de servicio, lealtad, resistencia, discreción; todos ellos desgraciadamente poco reconocibles en el mundo actual. Y a pesar de la dureza de esa etapa, admite que fueron también tiempos felices, afirmando la sensación de paraíso perdido que aún hoy conserva de su infancia.

Uno de los aspectos más destacados en este capítulo es el surgimiento de su pasión por el conocimiento y sus ansias de saber en un contexto social y cultural nada propicio para su formación. El profesor cuenta que ese prodigo tiene su origen en la abuela Toribia, hija a su vez de un labrador que vendió la hacienda para seguir su vocación docente y servir como maestro en los pueblos de Asturias y León. La visión de esa abuela a la que contemplaba leyendo incesantemente los pocos libros que había en casa, y a la que veía escribir cartas a sus amigos letrados, espoleó una curiosidad intelectual y un anhelo de aprender que, con los años, le llevaría a ser un prestigioso catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona, un nombre de referencia en el Derecho Procesal español, y un hombre de una cultura enciclopédica reconocida unánimemente por las personas que lo hemos tratado.

En este viaje cultural de Cabañeros a Bellaterra hubo varias etapas, algunas decisivas. La primera, cuando la maestra del pueblo confiesa a su abuela que poco más tiene que enseñar a ese alumno sobresaliente, y el cura don Celestino convence a sus padres que lo envíen al Seminario Diocesano de León, con la ilusión de que se ordenara sacerdote. El ingreso en el Seminario fue desgarrador por cuanto suponía una separación de su mundo feliz, pero en aquella época era la única vía de acceso a la educación y a la promoción social para las familias con pocos o ningún recurso. El seminario le permitió pues seguir su educación, a pesar de la baja calidad de la docencia y la fuerte impregnación de la cultura católica, lo cual no impidió que abandonara el camino al sacerdocio para disgusto de las autoridades eclesiásticas que habían puesto sus esperanzas en ese joven tan brillante. La salida del Seminario le llevó al Instituto público Padre Isla de León, donde se vio obligado a repetir el último curso de Bachillerato porque así lo establecía una normativa franquista que favorecía a la Iglesia.

La segunda etapa se inicia también con vicisitudes académicas y familiares cuando se plantea la necesidad de estudiar el COU, pero en el caso de seguirlo en el Instituto de León sólo podía matricularse en la Universidad de Oviedo. Ante la negativa de sus padres a su intención de irse a trabajar a Alemania, la familia decidió que fuera a estudiarlo a Terrassa acogido por su hermana Esperanza, lo cual le permitiría después matricularse en nuestra Universidad. Este desplazamiento nos lleva a otro de los aspectos tratados en el primer Capítulo: el relativo al inicio de una nueva vida en Cataluña, una sociedad con una cultura y una identidad claramente alejadas de su querida tierra leonesa. El profesor conoce esta nueva realidad a través de su actividad estudiantil en el Instituto Blanxart, mediante la relaciones que traba con la familia de su hermana, y gracias a una joven vecina llamada Nuri con la que empieza un noviazgo y con la que acabó casándose y formando una familia instalada en Terrassa, que hoy llega hasta los nietos Lucas y Félix.

La historia del profesor está pues marcada por su estrecha vinculación con la tierra leonesa y el apego a esa pedanía de Cabañeros en la pasó parte de su infancia. Una muestra de esta vinculación es la casa de sus padres, que sigue conservando, y a la que acude en sus vacaciones y en sus viajes «históricos» a los archivos de Madrid y Alcalá. Allí se encuentra con sus paisanos y pasea con los vecinos, que le muestran cada año un gran afecto y respeto. Pero junto a esa identidad leonesa, ha ido forjando una identidad catalana que se ha construido a lo largo de los años, y que se expresa en la firme voluntad de seguir viviendo en Terrassa y desempeñando su actividad académica en la Unviersitat Autònoma, desechando las oportunidades de otros destinos quizá más atractivos. La voluntad de vivir en Cataluña y de mantener esas dos identidades tampoco se vio doblegada por el procés, un intento de excluir una de ellas que él sobrellevó con dolor y desolación. El desgarro emocional que entrañó ese intento de separación de España le llevó a pensar en dejar Cataluña, pero al final prevaleció la lealtad a las personas, a la familia y a los amigos, un valor adquirido en su infancia leonesa.

3. La historia de «el profesor»: de becario a catedrático

El segundo capítulo lleva por título «La tribu universitaria», en recuerdo de la conocida obra de Alejandro Nieto publicada a mediados de los años ochenta del siglo pasado donde el insigne jurista trazaba un panorama pesimista de la institución. La conversación permite seguir la historia universitaria del profesor hasta llegar a la actualidad, y conocer las vicisitudes de su brillante trayectoria académica.

Una historia que empieza con la decisión de matricularse en la Facultad de Derecho en el año 1975, que no fue fruto de una vocación sino que obedeció

a criterios pragmáticos ya que su primera inclinación era más bien por la historia y las lenguas clásicas. Cuenta el profesor que le ocurrió algo parecido a lo que explica el gran procesalista y escritor italiano Salvatore Satta —del que es un gran admirador— cuando su padre le indicó que visitara al insigne mercantilista Lorenzo Mossa después de matricularse en la Universidad de Sassari. Mossa parece que pronunció un interminable e incomprensible soliloquio sobre el Derecho, del que Satta no entendió nada pero le permitió descubrir el absurdo, un mundo que lo estaba esperando.

El profesor evoca aquellos primeros años en una Universidad recién creada en el tardofranquismo, estratégicamente lejos de la ciudad, que atrajo a los profesores y estudiantes más activos políticamente, impregnando su fundación con los aires revolucionarios de finales de los sesenta. El primer curso coincidió con la muerte del dictador, iniciando una etapa de una gran agitación política y una extraordinaria actividad cultural. El profesor participó en aquellas iniciativas, pero siempre pensó que como alumno becado de una modesta familia su principal obligación era estudiar, estudiar mucho. También la Facultad de Derecho era de reciente creación (1971), y la recuerda por su austeridad, con sus aulas gélidas y una escuálida biblioteca, deficiencias que se compensaban con el entusiasmo de unos jóvenes profesores y unos pocos catedráticos venidos de otras Universidades españolas. A todos ellos los recuerda el profesor, que ofrece un perfil de cada uno de los que tuvo durante los cinco cursos de la carrera.

Como no podía ser de otra manera, al niño listísimo y al seminarista sobresaliente le siguieron un estudiante universitario de matrícula de honor al que querían captar los catedráticos para sus departamentos. Lo consiguió el profesor Francisco Ramos Méndez, de Derecho Procesal I, quien influyó decisivamente en su opción por seguir estudiando Derecho y se convirtió en su admirado maestro desde que asistió a sus primeras clases. Una relación que se inició cuando el profesor Ramos le invitó, a él y a otros destacados alumnos, a colaborar en la redacción de su manual de *Derecho Procesal Civil*, y le propuso realizar unas prácticas en su despacho. El brillante licenciado, con premio extraordinario, tenía ante sí numerosas opciones profesionales en el mundo jurídico, pero optó finalmente por seguir la carrera académica. Una carrera, como escribió Max Weber en su célebre conferencia *La ciencia como vocación*, en la que el azar juega un papel muy destacado.

El azar le fue favorable al profesor al contar con un gran catedrático que se ofreció para dirigir su tesis sobre el embargo ejecutivo civil, una materia endiabladamente difícil con la que batalló durante muchos años, incluso una vez terminada. En ese tiempo la Facultad le nombró profesor encargado de curso, con una modestísima retribución complementada con la beca del Ministerio.

La carrera académica prosiguió con otras circunstancias también favorables. Así, el concurso para el acceso a la plaza de Profesor Titular de Derecho Procesal lo firmaron tres candidatos, pero los otros dos ya manifestaron con antelación que no se presentarían, lo cual facilitó el camino. Posteriormente, cuando en 1993 se presentó a la plaza de catedrático, resultó que ese mismo año se convocaron seis concursos más en otras tantas Universidades, algunos muy reñidos, pero no el de la Autónoma, al que no se presentaron más candidatos.

La historia del profesor está repleta de una actividad incesante porque él ha sido hasta hoy un «trapero del tiempo», en afortunada expresión de Gregorio Marañón. Ha desempeñado con ahínco y excelencia todas las tareas que nos encomienda la Universidad, con una clara preferencia por la docencia, que ha ejercido extensamente desde los grados hasta la dirección de tesis; e intensamente, con una entrega absoluta a sus alumnos y discípulos. A todos ellos se ha dedicado con fervor hasta el retiro involuntario, sin escatimar una hora del día ni un día de la semana; y todos ellos han dejado testimonio de su reconocimiento y agradecimiento a un profesor único. Él mismo confiesa que «ayudar a otros a aprender algo o a solventar sus dudas o a sugerirles caminos para el conocimiento o la investigación produce un placer inmenso».

A muy poca distancia de la docencia viene la investigación, la propiamente jurídica y la histórico-jurídica, a la que me referiré más adelante. No es éste el lugar para reseñar las numerosas aportaciones del profesor en ambos campos, que ya son objeto de comentario en otras aportaciones incluidas en este libro: las publicaciones, los proyectos de investigación, las tesis doctorales, o la codirección de la revista *Justicia*. En este apartado debe señalarse la creación de un grupo de discípulos que han formado una auténtica escuela de Derecho Procesal, heredera del maestro del maestro, el profesor Manuel Serra Domínguez, y que forman un equipo de una calidad académica y humana excelente, sin duda fruto de la dedicación, la sabiduría y el ejemplo de quien ellos llaman —no por casualidad— «el Profesor».

La transferencia del conocimiento también ha tenido su espacio, aunque secundario, en su trayectoria académica. La ha ejercido mediante la elaboración de dictámenes jurídicos solicitados por despachos de abogados al amparo del art. 83 de la antigua Ley de Universidades. Y a través de las consultas que le dirigían sus exalumnos, en su calidad de abogados o jueces, y que el profesor ha atendido con su admirable generosidad. Una actividad que él considera extraordinariamente gratificante porque ofrece la oportunidad de continuar aprendiendo de la realidad procesal, y al mismo tiempo permite darse cuenta de la utilidad social de lo que hemos aprendido. En este apartado debe también mencionarse la creación de la Càtedra UAB-CICAC: *Observatori econòmic i social de la Justícia*.

cia, que dirigimos conjuntamente varios años, elaborando diversos informes sobre la situación de la Administración de Justicia en Cataluña.

Finalmente, el profesor no ha rehuido la actividad de gestión, más por deber que por esa vocación sentida intensamente por algunos colegas. Sin entusiasmo, pero con gran sentido de la responsabilidad y con esa visión del interés general imprescindible para el funcionamiento de las instituciones públicas —hoy tan deterioradas precisamente por su ausencia— fue Secretario de la Facultad, vicedecano en los decanatos del profesor Isidre Molas y después del profesor Manuel Gerpe, director de Departamento, y decano de la Facultad, en cuyo equipo me integré aceptando su propuesta.

Este breve recorrido nos muestra la historia del «profesor»: la del estudiante de Derecho con expediente de matrícula que es admirado por sus catedráticos. Ese joven excepcional que convirtió sus cualidades intelectuales y humanas en una vocación docente e investigadora inigualable, con la que realizó una carrera académica marcada por la excelencia.

4. La historia del derecho: vidas de procesalistas

El tercer capítulo del libro se titula «El Derecho, la historia, y la historia del Derecho», y en él se conversa sobre cuestiones relativas a la ciencia jurídica, el Derecho procesal, la dogmática y la investigación en las Ciencias Sociales. El propósito era conocer la opinión de profesor sobre estos temas, algunos eminentemente teóricos, y descubrir el atractivo intelectual que ha tenido el Derecho para él, que se ha interesado desde joven por otros muchos saberes. Entre ellos, y de forma destacada, la historia. Hasta tal punto que, junto a su extensa obra dedicada al Derecho Procesal, y sin abandonarlo, sus trabajos y publicaciones se inclinan hacia la Historia del Derecho, cuyo gremio ya le reconoce hoy como uno de sus miembros.

La primera cuestión que surge es la relativa a este giro desde la dogmática procesal hacia la historia del Derecho Procesal. En ese cambio de interés, explica el profesor, influyó sin duda su querencia por la Historia en general, y por la historia procesal en particular. Pero el motivo fundamental fue el propósito de que sus estudios histórico-jurídicos contribuyeran a dar a conocer los diversos procesalistas del pasado reciente, sobre los que había grandes lagunas, con honrosas excepciones. Junto a ese propósito, la nueva línea de investigación intentaba aportar una radical innovación metodológica basada fundamentalmente en la búsqueda y el análisis de la información que pudieran contener los archivos públicos acerca de los que él llama nuestros *Padres*, siguiendo la deno-

minación del insigne procesalista italiano Franco Cipriani, con el que trabó una cordial amistad epistolar.

Las aportaciones del profesor en este campo fueron glosadas con precisión y pasión por el profesor Joan Picó en la Mesa que compartimos en la Jornada de homenaje. En esta breve contribución me gustaría destacar solo dos aspectos, a los que volveré en la Coda final. El primero es el tipo de historia que ha cultivado el profesor. Si uno repasa las obras, advierte solo en los títulos que se ha interesado esencialmente por la historia de las personas: *Historias de procesalistas*, *Universidades y una guerra civil*; *Memoria de procesalistas*; *Otras historias de procesalistas y del proceso*; además de las biografías de procesalistas (*Francisco Beceña: un procesalista de primera hora*), jueces (*José María Álvarez Martín y Taladriz*) y catedráticos (*Diccionario de Catedráticos*). Es cierto que en estas obras figuran trabajos sobre libros, traducciones o leyes. Y no lo es menos que la mejor forma de conocer el pensamiento de un procesalista, o de un jurista en general, es poner en relación su obra con su itinerario vital. Pero la mayoría de las publicaciones están dedicadas a explicar con rigor la trayectoria personal y académica de los juristas, con la convicción —expresada en palabras que el profesor toma de García Amado— de que los conceptos jurídicos no caen del cielo ni las normas las inventan angelitos, «sino que son fruto de la historia, los intereses, las contiendas y la vida, en suma, y que nada se entiende verdaderamente de aquello si no se sabe algo de esto otro».

El segundo aspecto que quiero destacar es el momento de la historia en el que se han centrado sus trabajos. También el repaso de las publicaciones pone de relieve que la mayoría tratan de un período que abarca la primera mitad del siglo xx, especialmente la Segunda República y la Guerra Civil, por la que siente una permanente fascinación. Tal como explica, esta elección responde a dos motivos: el primero, que en el periodo previo a la guerra se produjo una profunda renovación de los estudios procesales en España, hasta el punto de que este cambió implicó una sustitución del paradigma doctrinal; el segundo radica en el terrible impacto que nuestra última guerra civil tuvo sobre la Universidad, y concretamente en la evolución de la doctrina procesal española, que vio reducido drásticamente el elenco de sus mejores catedráticos, cuyas vidas merecían ser estudiadas.

5. Coda. La *Manologología*: primera tesis

En mi intervención en la mesa «Las historias del Profesor Cachón» expliqué con algo de ironía que el libro que estábamos escribiendo con el profesor —y que al entregar esta contribución está a punto de concluirse— sentaba las bases de

la *Manologología*, una nueva disciplina de las ciencias sociales dedicada a la investigación de su trayectoria vital y académica, así como de su pensamiento en todos los campos que abarcan sus conocimientos. La nueva materia pretende asimismo difundir el ejemplo de una persona de una gran inteligencia y sabiduría, y al mismo tiempo de una gran bondad y discreción, una combinación infrecuente en el mundo académico —y en general en el mundo intelectual— dominado por la soberbia y la vanidad.

Como pionero de esta nueva ciencia, he formulado una primera tesis a partir de los materiales que me han suministrado nuestras conversaciones. En ella sostengo que existe una estrecha relación entre la historia del Derecho que ha cultivado el profesor en sus trabajos, y la historia de Manolo. La primera, como se explicado, no es —con excepciones— una historia de las ideas, ni de las leyes, ni de las doctrinas; es la historia de las personas, de los catedráticos y juristas españoles de la primera mitad del siglo xx. En ella se relatan episodios y vicisitudes de sus vidas académicas y personales, reconstruidas pacientemente no solo con los archivos sino mediante un profundo conocimiento de los contextos históricos y también humanos de cada uno de ellos.

La segunda también se ha expuesto sucintamente. Es la historia de ese niño tan inteligente que nace en una pedanía de León apenas veinte años después de terminada nuestra guerra fratricida; y crece en el seno de una modesta familia de campesinos en condiciones extremadamente difíciles, donde padece la dureza del frío y la escasez, pero también la felicidad por esa fruta que le dejan los Reyes como regalo. Ese niño cuya maestra recomienda a sus padres enviarlo al Seminario porque ella no tiene nada más que enseñarle; que vive en un ambiente de miseria cultural pero con la abuela Toribia, que le infunde una inusitada pasión por el conocimiento, una enorme curiosidad intelectual, y ese deseo insaciable por aprender. Ese niño de Cabañeros llega con los años a ser un eminente Catedrático de nuestra Universidad, a través de una historia repleta de cartones de tabaco, noches de insomnio, citas hospitalarias, bibliotecas y archivos, aulas y tutorías, veranos en el pueblo, y conversaciones apasionantes. Una historia tejida, sobre todo, con los lazos de afecto, respeto y complicidad que unen a todas las personas que le han rodeado en su camino: la familia, los amigos, los colegas, los discípulos. Y desde luego, los paisanos de la Bañeza: Eufemia, Betario, Octaviana, Rutilio, Ceferino, Quiriaco, Famiano, Fabricia... y tantos otros hoy presentes como protagonistas ficticios de los casos prácticos de Derecho Procesal que el profesor prepara para sus alumnos.

La historia del profesor Cachón no es una historia de grandes acontecimientos, ni de grandes hazañas y honores, tampoco de grandes protagonismos. Es una

historia llena de una gran inteligencia y sabiduría, de excelencia académica y humana, y al mismo tiempo de una gran bondad y discreción; de rectitud y compromiso, de trabajo infatigable y honestidad, de comprensión y generosidad. No es una historia de personajes, es una historia de personas. Como lo es la historia del Derecho que ha cultivado en sus investigaciones, donde muestra su erudición, su enorme talla académica, la profundidad de su saber jurídico, y el dominio de la Historia. Pero por encima de todo, su profundo conocimiento de las personas y de la condición humana.

He hablado de Manolo como un maestro, no solo porque nos viene enseñando Derecho e Historia desde hace muchos años, sino por una razón que explicó G. Steiner en un bello pasaje de su obra *Lecciones de los maestros* (Siruela, 2003): «*La libido sciendi*, el deseo de conocer, el ansia de comprender está grabada en los mejores hombres y mujeres. También lo está la vocación de enseñar. No hay oficio más privilegiado. Despertar en otros seres humanos poderes, sueños que están más allá de los nuestros; inducir en otros el amor por lo que nosotros amamos; hacer de nuestro presente interior el futuro de ellos; ésta es la triple aventura que no se parece a ninguna otra».

Gracias, profesor, por compartir con nosotros esta aventura; gracias, amigo; gracias, Manolo.

MANUEL CACHÓN CADENAS: EL MEJOR PROCESALISTA HISTORIADOR DEL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL¹

Joan Picó Junoy

Catedrático de Derecho Procesal

Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. HIPÓTESIS DE TRABAJO. 2. DIFICULTADES PARA LOS ESTUDIOS HISTÓRICOS DEL PROFESOR CACHÓN. 3. PRINCIPALES EVIDENCIAS DE LA HIPÓTESIS DE TRABAJO. 3.1. «HISTORIAS DE PROCESALISTAS, UNIVERSIDADES Y UNA GUERRA CIVIL (1900-1950)». 3.2. «OTRAS HISTORIAS DE PROCESALISTAS Y DEL PROCESO». 3.3. «FRANCISCO BECENÍA. UN PROCESALISTA DE PRIMERA HORA». 3.4. «JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ MARTÍN Y TALADRIZ. UN MAGISTRADO CONTRA EL HORROR DE LA RETAGUARDIA EN LA GUERRA CIVIL». 3.5. «DE LOS ARCHIVOS» DE LA REVISTA «JUSTICIA». 3.6. «DICCCIONARIO DE CATEDRÁTICOS ESPAÑOLES DE DERECHO (1847-1984)». 4. CONCLUSIÓN.

1. Hipótesis de trabajo

Mi hipótesis de trabajo es muy clara y rotunda: Manuel Cachón Cadenas es el mejor procesalista historiador del Derecho Procesal español², y lo es no solo porque su amplísima producción científica en esta materia lo avala, sino porque es quien conoce mejor su origen y evolución, pues lo ha investigado desde sus entrañas, en los registros donde se hallan las *verdaderas historias*.

En sus estudios no especula, no opina, no se limita a recordar, sino que documenta sus investigaciones históricas de primera mano, como lo hace un verda-

1. En mi vida académica he tenido la fortuna de contar con dos maestros —en lo personal y en lo académico— que siempre han estado conmigo: los profesores M^a Victoria Berzosa Francos y Manuel Cachón Cadenas. Dos ejemplos, dos modelos a seguir, dos personas extraordinarias. Qué suerte he tenido. En un mundo en el que el egoísmo individual prima por encima de todas las cosas, ambos se sacrifican por asistir a quien pide su atención, sin importarles la persona que requiere su ayuda o el tiempo que les suponga, lo que les ha valido el verdadero aprecio y respeto de todos los que le conocemos. Y en lo profesional, el profesor Cachón es uno de los grandes del derecho procesal español. Es una persona sabia, un hombre del Renacimiento, con quien se puede mantener una agradable —y larguísima— conversación sobre literatura, filosofía, política, historia, arte, geografía, ajedrez... y fútbol (especialmente, si se le habla del Atlético de Madrid). Gracias por todo, Manolo.

2. Por «derecho procesal español» entiendo la moderna configuración de nuestra disciplina creada en España a principios del siglo pasado merced a la recepción de las dogmáticas procesales alemana e italiana, en la que tuvo un protagonismo especial Francisco Beceña González y su Escuela.

dero historiador, penetrando en los solitarios y fríos archivos, con su hoja en blanco, lápiz y goma, y escribiendo lo que lee en los documentos, actas, certificados y manuscritos que encuentra. La diferencia básica que tiene con otros procesalistas historiadores es el método: el profesor Cachón es el único que se adentra en los archivos y los convierte en su peculiar laboratorio, en su lugar de trabajo preferido.

Como es obvio, también es un consumidor empedernido de bibliotecas, y sus estudios parten de otros trabajos que están ahí y, muy especialmente, los del otro gran procesalista historiador del procesalismo español, el profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo³.

El interés del profesor Cachón por la historia, en general, empieza desde que es un niño⁴, y la del derecho procesal, desde el primer momento que se incorporó al área de derecho procesal de la *Universitat Autònoma de Barcelona*. Esta temprana inquietud se evidencia ya en su primer estudio, que publicó en 1981, en el número inicial de la revista «*JUSTICIA*», sobre los cien años de historia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a raíz del congreso que se celebró en la *Universitat Autònoma de Barcelona*, bajo la dirección de su maestro, el profesor Ramos Méndez. Y a partir de ahí, hasta hoy, toda una vida científica dedicada al estudio de la historia del derecho procesal español (y al de la ejecución —su otra gran «pasión» procesal—).

Para confirmar mi hipótesis de trabajo, voy a utilizar sólo seis grandes aportaciones que el profesor Cachón Cadenas ha hecho sobre la historia del derecho procesal, pero antes quiero referirme a las dificultades que ha tenido que superar para culminar sus estudios.

2. Dificultades para los estudios históricos del Profesor Cachón

Cualquier investigación histórica tiene, especialmente, dos sucesivas grandes dificultades: en primer lugar, el acceso a las fuentes de estudio, en muchas ocasiones desconocidas u ocultas en archivos; y, en segundo lugar, la interpre-

3. Evidentemente, en la doctrina encontramos aportaciones de historia del derecho procesal de excepcional valor, como las monografías de Víctor Fairen Guillén sobre *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, *Sobre la historia del juicio sumario ejecutivo en Valencia*, *Los procesos penales de Antonio Pérez* o *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*; así como autores que han dedicado especial atención a la evolución del derecho procesal, no solo por parte de procesalistas —como Juan Montero Aroca, Jordi Nieva Fenoll o Juan Manuel Alonso Furelos—, sino también de historiadores del derecho, como Manuel Ángel Bermejo Castrillo.

4. Como se refleja desde las primeras páginas del libro de FOSSAS ESPADALER, E., *Cachón Cadenas y Fossas Espadaler: un largo paseo. Conversaciones sobre la vida y el Derecho*, edit, Atelier, Barcelona, 2025.

tación originaria que deberá hacer de los nuevos documentos o textos históricos que vaya encontrando, ya que no podrá valerse de análisis previos sobre los mismos.

La vida de un investigador procesalista se desarrolla, normalmente, en las bibliotecas, leyendo los fondos bibliográficos que ahí encontramos. El profesor Cachón las conoce perfectamente, pues también ha tenido que consultarlas para sus estudios. Pero, a diferencia de la mayoría de los procesalistas, ha ido a la oscuridad de multitud de archivos en los que se encuentran los verdaderos registros documentales que dan luz a sus investigaciones. Así, dentro de las primeras dificultades que he indicado, el profesor Cachón ha tenido que acceder no solo a los archivos históricos nacionales, que custodian los expedientes personales de los procesalistas españoles —con sus documentos, notas, cartas y demás textos que sostienen las conclusiones de sus estudios—⁵, sino también a archivos y bibliotecas de pequeños municipios⁶, de universidades⁷, de juzgados y tribunales⁸, de colegios de abogados⁹, de parroquias, iglesias o monasterios¹⁰ o incluso de personas o entidades particulares¹¹.

5. Cabe citar aquí, entre otros muchos, el Archivo General del Ministerio de Educación, el Archivo General de la Administración, el Archivo Histórico Nacional, el Archivo de la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, el Centro Documental de la Memoria Histórica o el Centro de Documentación de la Residencia de Estudiantes-Archivo de León Sánchez Cuesta.

6. Como, por ejemplo, el archivo de la Fundación Hogar Beceña González, de Cangas de Onís, para su libro *Francisco Beceña. Un procesalista de primera hora*; o el Archivo Histórico Provincial de Huesca.

7. Como el *Archivio Storico dell'Università degli Studi di Bologna*, el *Arxiu Històric de la Universitat de Barcelona*, el Archivo Histórico de la Universidad de Salamanca, el Archivo Histórico de la Universidad de Santiago de Compostela, el Archivo Histórico de la Universidad de Valladolid o el Archivo Histórico de la Universidad Nacional Autónoma de México.

8. Este es el caso, por ejemplo, de los autos que figuran en los archivos del Tribunal Regional de Responsabilidades Políticas de Valladolid respecto del expediente de responsabilidades políticas incoado en 1940 contra el profesor Emilio Gómez Orbaneja.

9. Como el *Arxiu Nacional de Catalunya* o el *Fons de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona*.

10. A modo de ejemplo, el Archivo Diocesano de Coria-Cáceres o el Fondo Parroquial de Acebo, para su estudio *Notas sobre la vida y la obra de Juan Acedo Rico, primer Conde de la Cañada*.

11. Como las bibliotecas particulares de Jesús María Álvarez Espada, para su libro *José María Álvarez Martín y Taladriz. Un magistrado contra el horror de la retaguardia en la Guerra Civil*; la de Ignacio Antonio Íscar Valenzuela, para su estudio «Un procesalista salmantino truncado por la Guerra Civil: Agustín Íscar Alonso»; o la de la *Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei*.

3. Principales evidencias de la hipótesis de trabajo

3.1. «Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil (1900-1950)»

Una joya de 681 páginas. La monografía más importante en España sobre los juristas que iniciaron nuestro moderno Derecho Procesal¹².

Aquí el profesor Cachón recupera y revive a procesalistas que habían sido silenciados o eliminados de nuestra historia. Ahora que tanto se habla de la «Memoria Histórica», éste es el justo y necesario homenaje que se debía hacer a nuestros abuelos procesalistas que una Guerra Civil eliminó (eliminó en sentido físico: asesinándolos —como le sucedió a nuestro gran maestro y constructor científico del actual Derecho Procesal, Francisco Beceña—; o eliminó en sentido académico: llevándolos al exilio y depurándolos). Y es así como de las 12 cátedras de derecho procesal que existían antes de nuestra Guerra Civil, en 1936, se pasó a tener sólo 3 catedráticos en 1939.

En este libro se documentan cientos y cientos de historias, datos y anécdotas de cómo se gesta en España el actual derecho procesal a inicios del siglo pasado y de cómo una guerra civil destroza la buena dirección que habíamos emprendido con Francisco Beceña y sus discípulos. Como sucede con la obra de Franco Cipriani, el gran historiador del derecho procesal civil italiano, con sus famosas *Storie di processualisti e di oligarchi*, en este libro del profesor Cachón se descubren las claves del origen de nuestro moderno derecho procesal.

Y como buena radiografía de esta situación del procesalismo español, tan solo quiero destacar el primer estudio de este libro, sobre cátedras y catedráticos de procedimientos judiciales y de Derecho Procesal, en el que solo una persona con los conocimientos históricos del profesor Cachón es capaz de hacer fácil lo que es muy complicado, a saber, exponer en dos cuadros sinópticos, (a) quienes fueron los catedráticos de Procedimientos Judiciales y de Derecho Procesal de las doce universidades españolas en la primera mitad del siglo xx durante cinco períodos de tiempo (a inicios del siglo, al cierre del primer cuarto de siglo, al comienzo de la Guerra Civil, al año en el que concluyó la Guerra Civil, y al final de la primera mitad del siglo xx); y (b) la trayectoria académica y destino vital de los 37 catedráticos que estuvieron al frente de las doce cátedras durante la primera mitad del siglo xx (siguiendo para ello un estricto orden alfabético, esto es, empezando por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y acabando

12. Consultable en <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/5390ab38-83ef-4c21-8cd9-2fc8cb2390f8/content> (fecha de consulta: 10 de noviembre de 2024).

por Luis Zamora y Carrete). Todo un ejercicio de erudición solo al alcance de quien conoce en profundidad los orígenes de nuestra historia procesal.

Junto a este estudio, encontramos otras reveladoras investigaciones sobre las aportaciones de procesalistas que vieron truncada su carrera académica debido a la Guerra Civil española (como la de José Xirau Palau, Agustín Íscar Alonso o el propio Niceto Alcalá-Zamora y Castillo); o se vieron beneficiados por la misma (como la de Jaime Guasp). De igual modo, debo destacar el estudio del profesor Cachón donde profundiza en lo que denomina «desventuras» de José Casais Santaló, el primer traductor español de Chiovenda, quien, por sus problemas de rivalidad académica con Francisco Beceña y sus desencuentros con los gobiernos de los dos bandos enfrentados en la Guerra Civil (el de la Segunda República y el de Franco), le llevó no solo a dejar el estudio del derecho procesal sino abandonar España e irse a Brasil —donde falleció—.

Además, en esta obra encontramos estudios reveladores —debidamente documentados— de cómo tuvieron que sufrir ilustres procesalistas para acceder a sus cátedras universitarias: Emilio Gómez Orbaneja en las Universidades de Salamanca y Valladolid (en la de Salamanca en 1931, por oposición, y en 1941 por sanción de traslado forzoso debido al expediente de responsabilidades políticas incoadas por el régimen franquista— y, en la Universidad de Valladolid en 1932 y 1947, por concurso de traslado en ambos casos), Leonardo Prieto-Castro en la Universidad de Zaragoza (1932), Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en la Universidad de Santiago de Compostela (1932), Mauro Romero en la Universidad de Valladolid (1941) y Jaime Guasp en la Universidad de Madrid (1944).

3.2. «Otras historias de procesalistas y del proceso»

Otra joya de 542 páginas, publicada diez años después de sus *Historias de procesalistas, universidades y una Guerra Civil (1900-1950)*,¹³ en la que el profesor Cachón vuelve a aportarnos nuevos documentos y datos históricos de jóvenes procesalistas que desaparecieron de nuestro recuerdo porque simplemente fueron eliminados de manera temprana, como, por ejemplo, Javier Malagón, discípulo aventajado de Francisco Beceña, que en sus estancias de investigación en las universidades alemanas de Tübingen y Leipzig realizó un trabajo de derecho comparado sobre la distribución de los poderes procesales entre el juez y las partes (es el primer estudio conocido de derecho comparado

13. Consultable en <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/2e7bc7d0-0f0d-4317-b134-8b73a0bbc9e9/content> (fecha de consulta: 10 de noviembre de 2024).

que se hacía en la doctrina procesal española sobre el tema indicado) y que se mantuvo inédito durante ochenta años, viendo la luz gracias a la investigación histórica del profesor Cachón; Manuel Perales, uno de los discípulos predilectos de Francisco Beceña, que al margen de realizar la edición litografiada de las famosas *Notas de Derecho Procesal Civil* y *Notas de Derecho Procesal Penal* en 1932 del profesor Beceña —junto a Ángel Enciso— efectuó un completo ensayo de derecho comparado sobre la acción, que al igual que sucede con la anterior obra de Malagón, seguiría inédito si no hubiese sido por la iniciativa científica del profesor Cachón-; o Agustín Íscar, que bajo el embrujo del personalismo de Enrico Redenti (el procesalista más importante que ha tenido la Università di Bologna, y de quien Íscar fue su primer discípulo español), redactó una brillante investigación en la *Università di Bologna* con el título de *Il concetto di parte*, y que, como indica el profesor Cachón, constituye el primer trabajo monográfico elaborado por un procesalista español sobre un tema concerniente a la moderna teoría de las partes, que permaneció escondido durante más de ochenta años, siendo publicado en la revista «*JUSTICIA*» gracias a las investigaciones históricas del profesor Cachón. Íscar hubiera gozado de la misma proyección de otros procesalistas ilustres de su época, como Prieto Castro o Gómez Orbaneja —todos eran de la misma edad—, si no fuese por su condición de republicano tras la Guerra Civil y su obligado exilio.

Este libro también nos ilustra sobre las luchas —sin piedad— entre la vieja y caduca concepción proceduralista de nuestra materia, y la moderna y viva visión actual del derecho procesal en las oposiciones a la cátedra de la Universidad Complutense entre Francisco Marcos —discípulo predilecto de Tomás Montejo, que era el último catedrático proceduralista de dicha Universidad y de quien salía a concurso su plaza—, y un joven y viajado Francisco Beceña, que ganó (algo similar, salvando las distancias, a la pugna en Italia por la cátedra de la Università di Nápoli entre Carlo Lessona, discípulo del gran Ludovico Mortara —el elemento de tránsito entre el viejo proceduralismo y el moderno procesalismo y que dejaba vacante esta plaza— y Giuseppe Chiovenda —el joven revolucionador del derecho procesal italiano— que con poco más de 30 años salió victorioso). Dentro de este ámbito de sucesos personales de nuestros primeros procesalistas, debo destacar los estudios sobre el procedimiento de responsabilidades políticas seguido contra el profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; y el de los agravios sufridos por Diego Medina, Presidente del Tribunal Supremo español durante la Segunda República.

Además, este libro ofrece nuevas perspectivas de precursores del derecho procesal —como el conde de la Cañada o Vicente y Caravantes—; y resuelve grandes enigmas o dudas históricas del derecho procesal como, por ejemplo, su estudio sobre la peculiaridad española de denominar sus leyes procesales como leyes de enjuiciamiento y no códigos procesales o de procedimiento (como

sucede en el resto de países europeos y latinoamericanos); o el referente a la perspectiva histórica de los modelos procesales civil y penal.

De igual modo, el profesor Cachón nos presenta interesantes reflexiones sobre el origen de determinadas figuras o instituciones procesales como, por ejemplo, la implantación del impulso oficial en el proceso civil español, la denominación doctrinal del derecho procesal penal como «Cenicienta» (destruyendo el mito de que el origen de esta metáfora se debe a Francesco Carnelutti); la autoría de la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal; o la evolución histórica de la valoración de la prueba en el proceso penal español.

En esta monografía también se evidencian importantes sucesos históricos de grandes procesalistas europeos, como la conversión de Enrico Tulio Liebman al catolicismo en la catedral de Barcelona, el peregrinaje de James Goldschmidt por las Universidades españolas ante el acoso del nazismo, o el primer testimonio de primera mano sobre la aplicación de la Ordenanza Procesal Civil de Franz Klein.

Asimismo, encontramos documentados estudios sobre el acceso a la universidad española de algunos de los grandes maestros del derecho procesal español, como Víctor Fairén Guillén o Manuel Serra Domínguez.

Por último, debo indicar que parte de los trabajos que integran esta monografía, como la anterior, se recogen en el libro del profesor Cachón «Memorias de procesalistas» publicado en Santiago de Chile, en 2017, por Ediciones Olejnik, al objeto de permitir su fácil acceso a los lectores latinoamericanos.

3.3. «Francisco Beceña. Un procesalista de primera hora»

Otra joya histórica del profesor Cachón, en la que se hace JUSTICIA (en mayúsculas) a quien fue el primer Maestro y fundador de nuestra moderna doctrina procesal española, y del que desgraciadamente ni tan solo hemos podido recuperar su cuerpo asesinado (como nos sucedió con el gran poeta de la Generación del 27, Federico García Lorca, y miles y miles de personas de ambos bandos —especialmente el republicano, pero también el nacional—) cuando apenas tenía cuarenta y seis años de edad. Como destaca el profesor Cachón, Beceña fue el principal protagonista de la profunda renovación que experimentaron los estudios de Derecho Procesal en España durante el periodo inmediatamente anterior a nuestra Guerra Civil, y, desde el punto de vista de la genealogía académica, los procesalistas españoles actuales traen causa, en su inmensa mayoría, de Beceña y del cambio radical de paradigma doctrinal que se produ-

jo en los años previos a la guerra civil. Baste recordar, como destaca el profesor Cachón, que Beceña es el antecesor académico de la mayor parte de los procesalistas españoles actuales, y así, casi todas las cátedras de Derecho Procesal que quedaron vacantes como consecuencia de la guerra civil, y que se cubrieron durante los años 1941 y 1942, al concluir este último año, ya contaban con titular ocho de las doce cátedras, y nada menos que seis de esos ocho catedráticos de Derecho Procesal eran discípulos directos de Beceña, es decir, el 75% de todos los catedráticos de la materia que estaban en activo en las Universidades españolas: Ángel Enciso Calvo (Valencia), Emilio Gómez Orbaneja (Salamanca), Jaime Guasp (Barcelona), Leonardo Prieto-Castro (Zaragoza), José María Serrano Suárez (Oviedo) y Valentín Silva Melero (Sevilla), y uno de los dos catedráticos restantes, Miguel Fenech (Granada), era, a su vez, «nieto» (esto es, discípulo de un discípulo) de Beceña (Prieto-Castro).

Se trata de una preciosa biografía novelada en la que, con la prosa de cualquiera de nuestros mejores literatos, el profesor Cachón nos relata (en texto) y documenta (en nota) la vida y obra procesal de Francisco Beceña. Un simple ejemplo bastará para justificar lo que digo. El libro se inicia así: «Francisco Beceña nació a las dos de la madrugada del día 30 de octubre de 1889 en Cangas de Onís», y lo documenta a pie de página indicando: «Así consta en la copia de la inscripción de nacimiento que se conserva en el AGA, sección Educación, caja 32/16160, exp. 9612/4, expediente personal de Francisco Beceña». Y a partir de aquí, 147 magníficas páginas que se leen sin parar —147 páginas que para escribirlas el profesor Cachón ha dedicado toda su vida académica—. Es un verdadero regalo. Y realmente es insuperable.

3.4. «José María Álvarez Martín y Taladriz. Un magistrado contra el horror de la retaguardia en la guerra civil»

Con este libro el profesor Cachón nos demuestra que no solo se ha preocupado de los «Grandes» del derecho procesal, sino también de otros juristas que habían pasado desapercibidos debido a la Guerra Civil, y que tanto bien hicieron a sus conciudadanos.

José María Álvarez Martín y Taladriz fue uno de los magistrados españoles más cultos de la década de los treinta del siglo pasado, que llegó a ser presidente de Sala del Tribunal Supremo de la Segunda República.

Gracias a su nieto, Jesús Álvarez Espada, profesor asociado de derecho procesal en la *Universitat Autònoma de Barcelona*, llegó a manos del profesor Cachón una caja con las 23 cartas que envío desde el exilio francés a su familia en España y diversas notas manuscritas sobre su actuación durante la Guerra Civil.

A partir de este material, y la consulta de todos los archivos históricos necesarios, el profesor Cachón reconstruye su vida, y documenta las gestiones que realizó con éxito para socorrer y evitar la muerte de, al menos, 309 personas.

Como se puede intuir, esta monografía es una magnífica atalaya para acercarse a los horrores de la Guerra Civil sobre la administración de justicia española de las primeras décadas del siglo xx.

3.5. «De los archivos» de la revista «justicia»

Durante más de doce años (entre 2012 hasta la actualidad), el profesor Cachón nos regala, semestralmente, una aportación histórico-procesal inédita en la revista «*JUSTICIA*», en la que revela nuevos documentos sobre la evolución histórica del derecho procesal y sus protagonistas (los procesalistas).

Profundiza sobre trabajos inéditos o poco conocidos, como los estudios originales de Francisco Beceña sobre la oralidad, la escritura y los poderes procesales del juez o el de la selección y promoción de los jueces; o estudios poco conocidos suyos, como el referente a la sistematización de la ejecución procesal civil.

De igual modo, se ha preocupado de averiguar el papel histórico de la mujer en el ámbito de la justicia, con relevantes estudios sobre cuál fue la primera mujer que accedió a la abogacía en España o el de la cuota femenina en el Tribunal del Jurado establecida en 1931.

Y, por último, da luz sobre las aportaciones científicas de ilustres procesalistas españoles de la segunda mitad del siglo xx —como las referentes a los profesores Leonardo Prieto-Castro, en el libro de memorias de Ramón Tamames, o Manuel Serra Domínguez—; así como reflexiona sobre aspectos históricos del derecho procesal —como su estudio *La investigación penal a cargo del Fiscal y el proceso penal monitorio en el Anteproyecto de 1938 de orientación totalitaria*—.

3.6. «Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)»

El profesor Cachón es el procesalista seleccionado para abordar la biografía de 29 juristas en el «Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1984)» dirigido por el profesor Carlos Petit, muchos de ellos procesalistas: no solo alguno de los que fueron «eliminados» —en el sentido amplio—, como sucedió con José Ramón Xirau y el peculiar «Francisco Marcos Pelayo»; sino

también los que ya ocupaban su cátedra antes de la Guerra Civil y continuaron como tales después —me refiero a Mauro Miguel Romero, José M^a Serrano Suárez y Leonardo Prieto-Castro—; y los que surgieron rápidamente tras la Guerra Civil, como Antonio Martínez Bernal, Jaime Guasp, Emilio Gómez Orbaneja y Ángel Enciso.

En todas estas 29 biografías aparecen las fuentes de los archivos históricos en los que pueden consultarse los documentos analizados por el profesor Cachón.

4. Conclusión

Después de lo que acabo de destacar sobre la obra científica del profesor Manuel Cachón Cadenas, se confirma la tesis inicial de este breve estudio: estamos ante el mejor procesalista historiador de Derecho Procesal español —de la misma talla, o en paralelo, a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo—.

Es un artesano —de los que ya no quedan—, que pieza a pieza —documento a documento— ha reescrito parte de nuestra historia, la de los procesalistas que dieron vida y sentido al actual Derecho Procesal español y que una guerra civil eliminó sin ningún tipo de piedad. Por ello, como indiqué, las investigaciones históricas del profesor Cachón son la aportación científica más importante en España de regeneración de nuestra Memoria Histórica, de nuestra conciencia como procesalistas. Gracias, Manolo.

VALORES QUE NOS HA TRANSMITIDO EL PROFESOR

Carmen Navarro Villanueva, Consuelo Ruiz de la Fuente, Núria Reynal Querol, Arantza Libano Beristain, Francisco Ramos Romeu, Santi Orriols García

Querido Profesor,

La preparación de este libro homenaje nos ha servido para poner en valor y ser aún más conscientes de la inmensa suerte de tenerlo como Maestro. Intentaremos, seguidamente, dar cuenta —a partir de una pequeña muestra— de los valores que nos ha transmitido a lo largo de estos años siempre a través del ejemplo.

Uno de los muchos valores que nos ha enseñado es el de la cohesión y de ahí que nos sintamos parte de una gran familia y que le consideremos nuestro padre académico. Esperamos ser reflejo de esa voluntad suya de contar con todo el mundo; de no excluir a nadie; de su tolerancia y de ver algo positivo en cualquier persona, hasta en el estudiante caradura que no ha dado golpe en todo el curso y que, al final, por supuesto usted aprobará.

Otro de los valores que nos gustaría destacar de usted, Profesor, es su bondad. Tiene un corazón de oro: empático y totalmente desprovisto de prejuicios. Siempre dispuesto a ayudar a quien lo necesite, independiente de su origen, condición social o categoría académica.

Hemos tenido la suerte de aprender Derecho Procesal caminando por este campus universitario. Esos paseos eran frecuentemente interrumpidos por diversas personas que le pedían algún consejo jurídico, dedicándole la misma atención a aquel estudiante que venía con un problema familiar, al abogado de renombre que tenía dudas en algún caso gordo —de esos que salen en la prensa—, o a Paco, el del bar, que le preguntaba cómo debía hacerlo con una pequeña herencia que había recibido en su pueblo.

Para nosotros usted no es el Dr. Cachón ni es Manolo, para nosotros es el Profesor. Como docente, los miles de estudiantes que han pasado por sus aulas lo definen en primer término y prácticamente por unanimidad como «un buen

profesor». Para aprender hay que emocionar y usted Profesor emociona a sus alumnos, transmite su pasión por el Derecho Procesal, exponiendo sus profundos conocimientos de forma llana y sencilla, de manera cercana y sin florituras, y siempre teniendo en cuenta a sus estudiantes, respetándolos como personas e intentando sacar lo mejor de cada uno.

En la Facultad lo vamos a extrañar querido Profesor, eso no es ningún secreto, pero sus enseñanzas se quedan con nosotros, y mientras estemos aquí sus discípulos, ningún estudiante aprobará Procesal sin saber redactar una demanda, trazar una estrategia procesal o sin saber que no se puede ejecutar sin embargo.

Y después de la bondad, viene la generosidad. Ese saber dar sin esperar nada a cambio. Y dar, no lo que es sobrero ni lo que no es de agrado, sino lo que para uno mismo es máspreciado, que es el verdadero sentido de la generosidad y lo más difícil de llevar a cabo, sobre todo en estos tiempos de individualismos y ostentaciones. Y en su caso, Profesor, así ha sido. Ha regalado, de corazón, tiempo y conocimientos a todo el mundo que ha querido acercarse a usted.

Primero, a nosotros, sus discípulos. Detrás de cada tesis doctoral se esconden horas de corrección y reflexión sin prisas y sin estar pendientes del reloj. En muchos de nuestros trabajos se encuentran ideas cedidas sin ninguna otra pretensión que ayudar a sacar adelante la investigación. Un magisterio que nos ha venido dado por el solo hecho de estar aquí, como si nada, gratuitamente, desempeñado con respeto hacia el otro, con las palabras justas y en los momentos pertinentes.

Igualmente, han podido beneficiarse de esta generosidad compañeros de profesión y prácticos del derecho, que siempre han encontrado su puerta del despacho abierta para plantear una consulta doctrinal, pedir consejo sobre un caso difícil o intercambiar impresiones sobre la última reforma legislativa de cada momento.

Y qué decir de sus alumnos. No sólo les ha transmitido lecciones procesales y de otros ámbitos de conocimiento, sino que también ha querido siempre compartir con ellos sus apuntes de la asignatura, con la única voluntad de guiarlos en su aprendizaje. Así de sencillo y a la vez tan valioso. Unos apuntes que todos los estudiantes guardan con especial afecto por la claridad expositiva y por la cantidad de casos prácticos que incluyen. Unos casos prácticos, por cierto, un tanto peculiares, que en un primer momento sorprenden a los estudiantes y les arrancan incluso una sonrisa, ya que demandantes y demandados dejan de ser designados por las características letras (C, D, T) o los clá-

sicos nombres romanos (como Cayo y Ticio) y pasan a llamarse, por ejemplo, Betario, Eufronia o Ceferino, en un claro y pequeño homenaje a los antropónimos de su León natal.

Pasamos a la modestia, querido Profesor, otra de sus virtudes cardinales. No hay persona que le conozca mínimamente para la que usted no encarne dicha cualidad. En un mundo de apariencias como es en muchas ocasiones el jurídico, usted representa absolutamente lo contrario. Es el triunfo de la sabiduría sin ampulosidades, de la honradez científica sin adornos innecesarios y de la generosidad con letras mayúsculas.

Si hay algo que le ha caracterizado a lo largo de estos años es que se ha convertido en el mayor donante de ideas geniales en todos los terrenos (pero particularmente en el procesal), ideas que ha cedido sin pedir nada a cambio a todo aquel que llamara a su puerta. Y todo ello, sin exigir reconocimiento alguno, algo totalmente inusual en los tiempos en los que vivimos (y si no, que se lo pregunten a Axel Honneth).

Otro rasgo que relata realmente su personalidad es el orgullo por sus orígenes. Todos sus discípulos hemos escuchado con interés y una cierta dosis de emoción esas anécdotas de su aldea leonesa, su juventud en la que practicó el pastoreo o las tradiciones de la Castilla más olvidada pero llena de esa dignidad que usted representa a la perfección y que lleva por bandera adonde quiera que vaya. Ese pasado del que usted nunca ha renegado refleja a la perfección la personalidad de un hombre que sabe lo que es y de donde viene, y que no tiene que inventarse amistades ni conexiones en los «ambientes» para demostrar su grandeza.

Por todo ello, muchas gracias, Profesor. Porque no sólo nos ha enseñado Derecho Procesal sino que, sobre todo, nos ha transmitido lo importante de la vida: la familia, los orígenes, la adquisición del conocimiento por el puro placer de acceder a él. Su grandeza no está en el coche que conduce, ni en el reloj que luce en la muñeca, sino en su interior.

Destacaremos, a continuación, su fortaleza, Profesor. Pese a su «mala salud de hierro» y haber padecido todas las enfermedades habidas y por haber, no decaen sus ganas de hacer cosas, de estar presente, de seguir apoyándonos. Cualquier otra persona hubiera tirado la toalla con menos patologías. De todos modos, gracias a esos achaques ha conseguido ampliar sus vastos conocimientos en el campo de la medicina y estamos convencidos de que sabe más que muchos médicos. Por ello, no descartamos que se acabe doctorando también en Medicina.

También queremos poner en valor su entusiasmo por la vida y la Ciencia que le ha llevado a recorrer todos los archivos históricos posibles en España y en Europa junto a su esposa y, además, siempre en coche, como antes, porque de volar nada de nada.

Ese mismo entusiasmo por compartir ha propiciado también que nuestras anuales cenas de verano en casa de Juan Alarcón acabaran siempre de madrugada y, en más de una ocasión, cuando ya había amanecido. Su horario tardío se dejó notar también en su época como Decano cuando las reuniones se celebraban conforme a su propuesta horaria con el eufemismo: «*entradita la mañana, por favor*» como cuenta el experto «manolólogo», Dr. Enric Fossas.

Sabemos Profesor que no solo disfruta como procesalista, como historiador y que tiene las cuatro virtudes cardinales platónicas que ya hemos destacado: es también muy buen abogado. Domina como nadie la idiosincrasia y el juego del lenguaje en el mundo de la abogacía, la estrategia del ajedrez, el toque delicado de saber redactar un escrito y mostrar el razonamiento sin describirlo e incentivar para que sea la vanidad del tribunal quien quiera culminarlo en el sentido que había programado. O, saber echar la medida justa de «carnaza» para que el reproche del Juez permita perder la batalla intermedia para ganar la realmente útil. Eso lo hace finamente y de forma llana.

Como colofón, querido Profesor, querríamos expresar la extraordinaria dificultad de plasmar en pocas líneas sus méritos, pero, sobre todo, su enorme calidad humana y su cercanía que cualquiera percibe gracias a su humildad. Nos ha regalado su conocimiento erudito cada día a todos los que hemos tenido la suerte de estar a su lado. Sus conocimientos exceden, como es más que sabido, del Derecho Procesal. Domina la historia, la filosofía, la política, la pedagogía y ahora también la medicina. Es usted un humanista del Renacimiento en pleno siglo XXI. Es sencillamente un Maestro en mayúsculas que merece, como pocos, este *Liber Amicorum*.

CUESTIONES GENERALES DE DERECHO PROCESAL

IV | El derecho a un proceso equitativo y las exigencias contenidas en el Artículo 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un tribunal¹

Coral Arangüena Fanego²

Catedrática de Derecho Procesal.
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES. 2.1. TRIBUNAL; 2.2. PRETENSIONES CIVILES Y PENALES. 3. EXIGENCIAS CONTENIDAS EN EL APARTADO 1º DEL ARTÍCULO 6 CEDH. 4. EN PARTICULAR, EL DERECHO DE ACCESO A UN TRIBUNAL. 5. A MODO DE RECAPITULACIÓN. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

El artículo 6 del CEDH, de complejo y extenso contenido, consagra el derecho al proceso equitativo, igualmente denominado derecho al debido proceso o proceso con todas las garantías, y enuncia las distintas exigencias que ha de cumplir, para proporcionar la adecuada tutela que reclama la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Si el Convenio está basado, según expresa su Preámbulo, en la preeminencia del Derecho y los Estados signatarios son Estados de Derecho, están obligados

1. El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D «Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas» (PID2020-116848GB-I00) del Plan nacional I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación y constituye una versión actualizada del capítulo que con el título «Introducción al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH, en particular, el derecho de acceso a un Tribunal» se publicó en la obra colectiva codirigida por García Roca, Santolaya Machetti y Pérez Moneo, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 4^a ed., Madrid, 2023, vol. I, pp.259-280.

2. Al profesor Dr. D. Manuel Cachón Cadenas, en reconocimiento a su trayectoria como referente del Derecho Procesal y en testimonio de la amistad con que me ha honrado a lo largo de los años.

a garantizar a sus ciudadanos una justicia apta para hacer respetar y sancionar las violaciones de la regla común³.

La garantía del proceso equitativo es pues consustancial al espíritu de la Convención puesto que, en gráfica expresión del TEDH formulada en su sentencia del caso *Airey contra Irlanda*, de 19179, tiene por objeto la protección de derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos⁴, cuestión ésta (la de la efectividad de los derechos) que además ha llevado al Tribunal europeo a construir una interesante teoría de las obligaciones positivas de los Estados parte⁵.

De ahí la importancia de este precepto, inspirado en los artículos 10 y 11 § 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que comprende el conjunto de garantías procesales destinadas a reforzar los mecanismos de salvaguardia de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio y de cuya relevancia da buena idea el ser la disposición más invocada ante el Tribunal.

Arrancando del derecho de todos a que su causa sea oída equitativa, públicamente y en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial y establecido por la ley, apartado donde se mezclan exigencias básicamente orgánicas (juez legal, independiente e imparcial) con otras procesales (igualdad de armas, contradicción, publicidad, duración razonable del proceso) reclamables en todo proceso donde se discutan derechos y obligaciones de carácter civil o penal, establece, a continuación, una serie de precisiones que cobran sentido primordialmente en el proceso penal, al consagrarse el derecho a la presunción de inocencia del acusado, así como su derecho de defensa enunciando una serie de derechos que, como mínimo, deben garantizarse al acusado.

Su estructura consta, por tanto, de dos partes diferenciadas: el primer párrafo enuncia los principios del proceso equitativo tanto en materia civil como penal y circumscribe el campo de aplicación de este derecho, mientras que los apartados segundo y tercero reconocen diferentes garantías adicionales a los inculpados en un proceso penal. En suma, las garantías que derivan de la noción general de proceso equitativo enunciado en el apartado 1 son más amplias que

3. Así SOYER, J. C. y SALVIA, M. de, «Article 6», en *La Convention Européenne des droits de l'homme*, obra colectiva dirigida por Pettiti, L. E., Decaux, E., e Imbert, P. H., París, 1999, pp. 240 y 241.

4. Caso *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979 y la doctrina allí citada. *Vid.*, asimismo, caso *Artico c. Italia* de 13 de mayo de 1980.

5. Sobre esta cuestión *vid.* GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, 2019, pp.80 y ss.

las recogidas en los apartados 2 y 3 que se limitan a explicitar a título de ejemplo y en materia penal esencialmente las exigencias del proceso equitativo⁶.

Por todo ello, si las garantías del artículo 6 pueden reconducirse a la idea base de la «buena administración de justicia», su estructura pone de manifiesto una prioridad del derecho a hacer valer judicialmente y en toda clase de procesos civiles y penales las propias razones (derecho a la jurisdicción y/o *derecho al proceso*), sobre una serie de derechos que en *el proceso penal* se reconocen a los inculpados y que se ha considerado conveniente reconocer de forma adicional por la especificidad que algunos de ellos presentan en este ámbito⁷. De ahí que los Estados gocen de menor libertad o de un menor margen de apreciación en los procedimientos penales⁸ o, lo que es lo mismo, las exigencias de equidad del proceso y la protección de los derechos de las partes (singularmente, del encausado) son más estrictas en el ámbito penal que en el civil (STEDH caso *Moreira Ferreira contra Portugal* nº 2, de 11 de julio de 2017, § 67)⁹.

Nos ocuparemos únicamente en estas páginas, por razones de espacio, de hacer una breve incursión sobre las exigencias contenidas en el primer apartado del artículo 6 CEDH deteniéndonos, concretamente, en la de acceso a un Tribunal¹⁰.

2. Algunas precisiones conceptuales

Previamente al análisis de cada una de las garantías enunciadas en el artículo que examinamos, conviene precisar el alcance de alguno de los términos manejados por el precepto.

6. VELU, J., y ERGEC, R.: *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, 1990, pp. 336-337.

7. Véase en este sentido BARTOLE, S., CONFORTI, B. Y RAIMONDI, G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 156.

8. Caso *Beheer c. Países Bajos*, de 27 de octubre de 1993, y *Melich y Beck c. República Checa*, de 24 de julio de 2008.

9. Si bien las garantías que ofrece la vertiente penal del art.6 no se aplican necesariamente con la misma intensidad en todos los asuntos; en particular en aquéllos que no entran en las categorías clásicas del derecho penal como, por ejemplo, los procedimientos en materia tributaria (caso *Jussila c. Finlandia*, de 23 de noviembre de 2006).

10. Para un análisis detallado de cada una de ellas, nos remitimos a la obra colectiva *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit. (nota 1) y a los capítulos que en ella firman SALADO OSUNA, A. MONTES TOSCANO, B. y DOMÍNGUEZ EXPÓSITO, C. «El plazo razonable en la Administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 6.1 CEDH)», pp.297-326; VIDAL ZAPATERO, J.M. y MACHO CARRO A. «El derecho a un proceso público: una garantía relativizada por el Tribunal de Estrasburgo (Artículo 6.1 CEDH)», pp.327-372; GARCÍA ROCA, J., BUSTOS GISBERT, R. y VIDAL ZAPATERO, J.M., «El derecho a un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley (artículo 6.1 CEDH): de una garantía concreta y de mínimos a un principio institucional del Estado de Derecho», pp.373-426.

2.1. Tribunal

Se utiliza un concepto de «Tribunal» en el que lo importante es el ejercicio de una función jurisdiccional¹¹, resolviendo, sobre la base de normas de Derecho, a través de un procedimiento pre establecido¹² y por medio de una decisión jurídicamente vinculante¹³, toda cuestión relevante de su competencia¹⁴.

Ello incide sobre el concepto de «litigio» que se acepta, que no es sinónimo de «proceso», sino más bien, de «procedimiento», abarcando cualquiera que se utilice para la resolución de una controversia, sea o no judicial¹⁵.

La jurisprudencia que ha recaído sobre esta materia se ha basado en una noción muy amplia de «Tribunal», que dada la pluralidad de sistemas existentes en los Estados parte del Convenio no está ligada a un determinado modelo de órgano, sino a que materialmente se ejerza una función jurisdiccional caracterizada por las notas de imparcialidad e independencia. Sin embargo, y como ha sido destacado por la doctrina¹⁶, no ha llegado a reclamar una exclusividad, monopolio o reserva jurisdiccional, admitiéndose que el órgano pueda ejercer además funciones administrativas¹⁷. Como tampoco es preciso que lo integren exclusivamente jueces de carrera, pudiendo estar formado por funcionarios¹⁸ (entre ellos, militares¹⁹) y jueces legos o jurados.

Que un Tribunal sea realmente independiente e imparcial es un juicio concreto que se emite por el TEDH tras la valoración de varios criterios²⁰: el tipo de nom-

11. Así se señaló en la sentencia de 29 de abril de 1988, *Belilos c. Suiza* y, posteriormente, en *Argyrou c. Grecia*, de 15 de enero de 2009 (§ 24) y *Boulois c. Luxemburgo* (GS) de 3 de abril de 2012.

12. TEDH *Sramek c. Austria*, de 22 de octubre de 1984 §36.

13. La capacidad para hacer recomendaciones o dictámenes no se estima bastante pues —según indicó en la TEDH *Bentham c. Países Bajos*, de 23 de octubre de 1985— «un poder de decisión es inherente a la verdadera noción de Tribunal dentro del significado del Convenio».

14. TEDH *Galina Kostova c. Bulgaria*, de 12 de noviembre de 2013 §59.

15. Así, en materia de arbitraje, *Regent Company c. Ucrania*, de 3 de abril de 2008, §60; *Suda c. República Checa*, de 28 de octubre de 2010.

16. Así, entre otros, por GARCÍA ROCA, J., BUSTOS GISBERT, R. y VIDAL ZAPATERO, J.M. a los que seguimos en este punto [«El derecho a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley (art.6.1 del Convenio): de una garantía concreta y de mínimos a un principio institucional del Estado de Derecho», García Roca, J., Santolaya Machetti, P. y Pérez Moneo, M. (coordinadores), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 4^a ed., Madrid, 2023, vol.I, pp.373-426].

17. Caso *Campbell y Fell c. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984.

18. Caso *Ettl c. Austria*, de 23 de abril de 1987.

19. Caso *Engel y otros c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976.

20. Que sintetizan GARCÍA ROCA, J., BUSTOS GISBERT, R. y VIDAL ZAPATERO, J.M. «El derecho a un tribunal independiente e imparcial...», op.cit., p.424.

bramiento (que debe ser no satisfactorio en su conjunto para estimar la lección²¹), la duración del mandato (no necesariamente permanente y pudiendo ser incluso breve en determinados casos), las garantías de que de hecho goce frente a presiones externas²² (por ejemplo, su inamovilidad²³) y la apariencia de independencia, desechando que existan dudas legítimas sobre su dependencia²⁴.

2.2. Pretensiones civiles y penales

El carácter civil o penal de la pretensión es también fijado de una manera bastante particular en el Convenio, pudiéndose decir que tiene un contenido propio que no corresponde necesariamente con el del Derecho interno.

En términos generales, la expresión «derechos y obligaciones de carácter civil» tiene un contenido mucho más amplio que el que suele manejarse por los distintos ordenamientos nacionales, incluyendo las diversas ramas del Derecho privado (civil, mercantil y laboral).

Una lectura de su jurisprudencia muestra cómo se ha considerado que revisten carácter civil asuntos tan dispares como el derecho a no ser víctima de discriminación en el mercado de trabajo por convicciones religiosas u opiniones políticas²⁵, sanciones de profesionales liberales y solicitudes de readmisión en los correspondientes colegios profesionales²⁶, el traslado de parroquia de un religioso y disputas entre confesiones religiosas²⁷, el derecho de acceso a un establecimiento de enseñanza superior²⁸, las medidas de internamiento de en-

21. Caso *Guomundur Andri Ástráosson c. Islandia*, de 1 de diciembre de 2020.

22. Caso *Campbell y Fell c. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984, §78.

23. *Campbell y Fell c. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984, § 80 y *Henryk Urban y Ryszard Urban c. Polonia*, de 30 de noviembre de 2010, §§ 49-53.

24. Caso *Fruni c. Eslovaquia*, de 21 de junio de 1988, §141.

25. Caso *Tinnelly & Sons LTD y otros y McElduff y otros c. Reino Unido*, de 10 de julio de 1998.

26. Caso *Albert y Le Compte c. Bélgica*, de 10 de febrero de 1983 y caso *H c. Bélgica*, de 30 de noviembre de 1987.

27. Caso *Athinen c. Finlandia* de 29 de mayo de 2005 y *Parroquia Greco-católica Sâmbata Bihor c. Rumanía*, de 12 de enero de 2010.

28. Caso *Emine Arac c. Turquía*, de 23 de septiembre de 2008, sentencia en la que reconoce explícitamente y por vez primera que el derecho de acceso a un establecimiento de enseñanza superior posee carácter civil, abandonando la doctrina de la Comisión (caso *André Simpson c. Reino Unido*, Decisión de 4 de diciembre de 1989) que consideraba inaplicable el art.6 a la materia educativa por entender que pertenecía al ámbito del derecho público.

fermos mentales²⁹ o los contenciosos relativos a medidas de seguridad y/o disciplinarias y permisos en el ámbito penitenciario³⁰.

También se ha extendido a litigios referentes a la función pública al considerar que no hay razón alguna para eludir las garantías del art.6 en los conflictos laborales relativos a condiciones ordinarias de trabajo, como sueldos, indemnizaciones o cuestiones similares (caso *Vilho Eskelinen y otros contra Finlandia*, de 19 de abril de 2007); y fija dos criterios para que un Estado demandado ante el TEDH pueda invocar la condición de funcionario público de un demandante para excluir la protección del art 6 por tratarse de posiciones que pudieran considerarse cargos políticos: que su ley interna haya excluido expresamente el acceso a un tribunal con relación al puesto o la categoría salarial en cuestión y que tal excepción se base en razones objetivas relacionadas con el interés del Estado. Más recientemente, en el caso *Grzeda contra Polonia* de 15 de marzo de 2022 y tras aplicar los anteriormente citados criterios *Eskelinen* ha incluido en este marco civil el litigio resultante de la cesación prematura del mandato como Juez del Consejo Nacional de la magistratura, a consecuencia de una reforma legislativa, sin cursar aviso alguno oficial al afectado impidiendo el acceso a un tribunal para su impugnación.

Idéntica amplitud ha de predicarse en relación con el concepto de «acusación penal», que reviste un alcance autónomo³¹, independiente de las calificaciones utilizadas por los sistemas jurisdiccionales de los Estados parte pues, según jurisprudencia constante, el carácter penal de un procedimiento se aprecia de conformidad con tres criterios (denominados criterios *Engels*, en atención a la sentencia en que se recogen por primera vez, de 8 de junio de 1976, en el caso *Engels y otros contra Países Bajos*): la calificación jurídica que recibe la infracción en el derecho nacional (punto de partida, de relevancia relativa), la naturaleza de la infracción y, finalmente, la naturaleza y el grado de severidad de la sanción a imponer, bien entendido que los dos últimos criterios, de mayor relevancia, son alternativos y no necesariamente acumulativos³². De ahí que alcance a las sanciones penitenciarias, especialmente si implican pérdida de los beneficios de reducción de la pena³³, a las medidas reeducativas impuestas a

29. Caso *Aerts c. Bélgica*, de 30 de julio de 2008.

30. SSTEDH casos *Ganci c. Italia*, de 30 de octubre de 2003, *Musumeci c. Italia*, de 11 de enero de 2005, *Gülmmez c. Turquía*, de 20 de mayo de 2008, *Enea c. Italia*, de 17 de septiembre de 2009, *Stegarescu y Bahrin c. Portugal*, de 6 de abril de 2010 y *Boulois c. Luxemburgo*, de 3 de abril de 2012.

31. STEDH *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* (GS), de 6 de noviembre de 2018, § 122.

32. De modo que para que sean aplicables las garantías del art.6 basta que la infracción de que se trate se considere por su naturaleza «delictiva» desde el punto de vista del Convenio, o conduzca a la imposición a su autor de una sanción que por su naturaleza o grado de severidad pertenezca a la esfera penal.

33. STEDH caso *Campbell y Fellcv. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984.

los menores de edad infractores³⁴, a las sanciones de carácter fiscal³⁵ y algunas otras que, en buena parte de los ordenamientos jurídicos, caerían dentro del derecho administrativo sancionador³⁶. Por ello y si bien en principio habría que convenir que resultan excluidas de su esfera de aplicación las cuestiones de estricto carácter administrativo, ha de precisarse que tal exclusión por regla general no alcanza a las disciplinarias o sancionadoras, que el Tribunal reconduce al ámbito penal habiendo efectuado en el caso *Ramos Nunes de Carvalho e Sá contra Portugal*, de 6 de noviembre de 2018 una interesante recapitulación para decidir si los procedimientos disciplinarios contra diferentes categorías profesionales (abogados, notarios, funcionarios, médicos, militares, jueces) pueden ser calificados o no como «penales».

Excluye, en cambio, la orden de detención europea³⁷ considerando que al igual que sucede con la extradición, a la que ha venido a sustituir en el ámbito de la Unión Europea, no se trata de un procedimiento que afecte a la fundamentación de la acusación penal y, por tanto, se excluye *rationae materiae* de su ámbito de aplicación. Asimismo, y por idéntica razón excluye el asilo y las decisiones relativas a la entrada y expulsión de extranjeros³⁸ pero no, en cambio, la sustitución de una pena de prisión por una expulsión acompañada de una prohibición de entrada en el territorio durante un determinado periodo de tiempo por considerar que se trata de una pena del mismo carácter que la inicialmente impuesta (caso *Gurguchiani contra España*, de 15 de diciembre de 2009).

Este carácter autónomo de los conceptos se justifica en la idea de que sujetar su contenido a las calificaciones unilaterales de los Estados sería tanto como

34. STEDH caso *Blokchin c. Rusia*, de 23 de marzo de 2016

35. SSTEDH caso *Jussila c. Finlande* [GS], de 23 de noviembre de 2006, §30-31 y 36; *Vegotex International S.A. c. Bélgica* (GS), de 3 de noviembre de 2022, §§ 67-70.

36. Así entre otros muchos, las sentencias de 27 de agosto de 1991, caso *Demicoli c. Malta* y respecto de una sanción de multa con posible imposición de arresto impuesta por la Cámara de representantes; la de 31 de julio de 2007, caso *Zaicevs c. Letonia*, en la que se impone una detención administrativa de tres días para sancionar el desacato a un juez. Igualmente, en *Bendenoub c. Francia*, de 24 de febrero de 1994, en un caso de condena por delito fiscal y apertura de un procedimiento administrativo paralelo, el TEDH considera que existiendo numerosos elementos que abogaban por el carácter administrativo de la sanción fiscal predominaban otros factores que conferían a la «acusación» un carácter penal. También en el caso *Öztürk c. Alemania*, de 21 de febrero de 1984, una sanción administrativa como consecuencia de los daños causados por conducta imprudente; pese a que Alemania había despenalizado este género de pequeñas infracciones; en el caso *Belsytė-Lideikeine c. Lituania*, de 4 de noviembre de 2008 en atención especialmente a la eventual imposición de un arresto administrativo en caso de impago de la multa, así como a la confiscación y prohibición de distribución de los ejemplares de una revista; y en el caso *Dvorskic c. Croacia*, de 20 de octubre de 2015, afirmando el carácter penal de las sanciones de tráfico.

37. Casos *Peñafiel Salgado c. España*, decisión de 16 de abril de 2002, demanda núm.65964/01 y *Monedero Angora c. España*, decisión de 7 de octubre de 2008, demanda núm.41138/05.

38. Casos *Maaouia c. Francia* de 5 de octubre de 2000 y *Zarmayev c. Bélgica* de 27 de febrero de 2014.

permitir sustraer parcelas enteras de procedimientos jurisdiccionales al artículo 6³⁹. Esto no significa que el Derecho interno no sea tomado en consideración; por el contrario, las categorías de los Estados constituyen un elemento de apreciación que se combina con otros criterios propios de los órganos del Convenio⁴⁰.

3. Exigencias contenidas en el apartado 1º del artículo 6 CEDH

El artículo 6.1 contiene, según se ha dicho, una serie de garantías propias de una buena administración de justicia que se aplican tanto en materia civil como penal y que al ser reconocidas a «toda persona», extienden su protección tanto a las personas físicas como a las morales o jurídicas, así como a los extranjeros y apátridas sometidos a la jurisdicción de cualquiera de los Estados.

Una primera garantía, implícita, se refiere al derecho de acceso a un tribunal, mientras que las restantes, explícitamente formuladas, se refieren a las exigencias que deben rodear al tribunal (establecimiento por la ley, independencia e imparcialidad) o que debe cumplir el proceso (equidad, publicidad, plazo razonable).

Partiendo pues de que estas garantías se reconducen a la noción común de «proceso equitativo», concepto central del párrafo primero que sirve de rúbrica al precepto, ha de advertirse que éste no se define en el Convenio, acaso por tratarse de un concepto global, integrado por una diversidad de elementos que sólo pueden concretarse atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso⁴¹; «la noción de proceso equitativo no es absoluta ni monolítica, sino que se define en función de una cierta idea de justicia que ha de ser aplicada a sistemas procesales a veces muy diferentes, y esto explica, por otra parte, que ni siquiera exista la seguridad de que en el artículo 6 CEDH se consagren todas las garantías que integran la noción de proceso equitativo. Al contrario, la enumeración no es limitativa; pueden haberse respetado todos los derechos reconocidos en el artículo 6 y, sin embargo, el proceso no ser equitativo»⁴².

Ejemplo de cuanto decimos lo constituye el caso *T. y V. contra Reino Unido*, en el que los demandantes, fueron juzgados y condenados por la muerte de otro

39. Así VELU, J., Y ERGEC, R.: *La convention européenne...*, op. cit., pp. 366 y 367.

40. Casos *König c. Alemania*, de 28 de junio de 1978; y *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*, de 23 de junio de 1981.

41. STEDH caso *Ibrahim y otros c. Reino Unido*, de 13 de septiembre de 2016.

42. LÓPEZ ORTEGA, J. J., «Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal», dentro de la obra colectiva *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, V, 2000, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 305.

menor (de dos años) ante una *Crown Court* contando con once años de edad. Pese a que formalmente en el juicio se habían cumplido los requisitos fijados por el artículo 6, el TEDH, en su sentencia de 16 de diciembre de 1999, consideró que no podía afirmarse que hubiera sido equitativo, al seguirse un proceso de «adultos» sin tener en cuenta la edad de los acusados ni su capacidad y circunstancias intelectuales y emocionales, sometiéndoles a un juicio público, lo que se tradujo en una situación emocional que impidió la adecuada comunicación con sus letrados y la imposibilidad de seguir conscientemente el juicio.

Este criterio se muestra también con claridad en el caso *Barberà, Messegué y Jabardo contra España*, de 6 de diciembre de 1988. El Tribunal examinó el conjunto de incidencias que rodearon el desarrollo de la vista, refiriéndose al traslado tardío de los acusados al lugar del juicio, a la inesperada modificación en la composición del tribunal, a la extraordinaria brevedad en la duración del juicio oral, y a la sustracción de una buena parte de los elementos de prueba al debate público y contradictorio en presencia de los acusados. Cada uno de estos aspectos, aisladamente considerado, no habría sido determinante de la violación de las garantías del Convenio, pero su acumulación provoca la vulneración de la garantía del proceso equitativo.

De ahí que el TEDH haya analizado también a la luz de este derecho las demandas denunciando la ilicitud en la obtención de determinados medios de prueba pues si bien este precepto (el artículo 6.1) no se ocupa específicamente de esta materia (admisibilidad de la prueba) por corresponder en principio al derecho interno⁴³, el uso de medios de prueba obtenidos por medios ilícitos puede privar al proceso en su conjunto del carácter equitativo exigido por el Convenio⁴⁴. Como, asimismo, puede hacerlo, el establecimiento de limitaciones a la posibilidad de tomar conocimiento de las pruebas que obren en la causa para garantizar el carácter contradictorio y el principio de igualdad de armas puesto que tales limitaciones para ser admisibles además de justificadas por otros intereses concurrentes⁴⁵ deben estar suficientemente compensadas por otras garantías en el procedimiento judicial seguido frente a quien las sufrió.

43. De ahí que el TEDH no haya desarrollado toda la potencialidad que la prueba ilícita entraña, no haya precisado qué es la prueba ilícita ni qué consecuencias procesales debería tener, según indica ESPARZA LEIBAR, «Derecho a un proceso equitativo», en Lasagabaster Herrarte, I., (director) *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 4^a ed., Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p.300. Vid. entre otras muchas, STEDH (GS) caso *Moreira Ferreira c. Portugal*, de 11 de julio de 2017, § 83.

44. SSTEDH casos *Khan c. Reino Unido*, de 12 de mayo de 2000; *Bycov c. Rusia* (GS), de 10 de marzo de 2009; *Lee Daves c. Bélgica*, de 28 de julio de 2009; *Gäfgen c. Alemania* (GS) de 1 de junio de 2010; *El Haski c. Bélgica* de 25 de septiembre de 2012; *Akbay y otros c. Albania*, de 15 de octubre de 2020; *Cwik c. Polonia* de 5 de noviembre de 2020.

45. V.gr. un interés público (seguridad nacional o necesidad de preservar el secreto de los métodos policiales de investigación penal) o la protección de los derechos fundamentales de otro individuo. Vid. entre otras,

La lectura de la jurisprudencia de Estrasburgo pone de manifiesto que el derecho a un proceso equitativo presupone, necesariamente, dos exigencias básicas y complementarias⁴⁶: el principio de igualdad de armas y la exigencia de contradicción⁴⁷. En consecuencia, un proceso para ser equitativo o justo⁴⁸ requiere que cada parte disponga de una posibilidad razonable de plantear su causa en condiciones que no la sitúen en una posición de neta desventaja en relación a su adversario⁴⁹, pudiendo tomar conocimiento de las alegaciones y pruebas de la contraparte y hacerles frente de manera eficaz, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales velar porque todos los elementos susceptibles de influir en la solución del fondo del litigio sean sometidos a contradicción⁵⁰

El Tribunal de Estrasburgo, desde el caso *Ekbatani contra Suecia*⁵¹ ha venido reiterando que las garantías del debido proceso (art. 6.1 CEDH) son exigibles con plenitud en la segunda instancia, pues «el proceso penal constituye un todo y la protección del artículo 6 no termina con el fallo de primera instancia». Teniendo en cuenta esta premisa, la relevancia de las dos exigencias básicas de la noción de proceso equitativo (audiencia y contradicción) se advierte cuando se pone la vista sobre la persona del acusado y se comprueba que para el TEDH la corrección de la valoración probatoria se proyecta directamente sobre las posibilidades que ha tenido de defender su inocencia de modo contradictorio ante el órgano *ad quem*, incluyendo el derecho a ser oído personal-

51. STEDH *Fitt c. Reino Unido* (GS), de 16 de febrero de 2000 §§ 43-46; *M. c. Países Bajos*, de 25 de julio de 2017, § 66.

46. Como señaló el TEDH en el caso *Barberà, Mesegué y Jabardo c. España* de 1988 precitado, se trata de dos exigencias que no se yuxtaponen, sino que se complementan entre sí.

47. Sobre igualdad de armas, véanse, por ejemplo, los casos *Neumeister c. Austria*, de 27 de junio de 1968; *Milatová y otros c. República Checa*, de 21 de junio de 2007; *Corcuff c. Francia*, de 10 de octubre de 2007; *Gankin y otros c. Rusia*, de 31 de mayo de 2016 y *Bartaia c. Georgia*, de 26 julio 2018. Sobre el principio contradictorio, entre otras muchas, las sentencias de los casos *Kamasinski c. Austria*, de 19 de diciembre de 1989; *Jasper v. Reino Unido* (GS), de 16 de febrero de 2000; *Mirilashvili c. Rusia*, de 11 de diciembre de 2008; *Murzaliziyeva c. Rusia* (GS), de 28 de diciembre de 2018.

48. La expresión *fair hearing*, de la versión inglesa evidencia toda la compleja gama de implicaciones que esta garantía entraña. La equidad de la versión francesa (acogida por la española), que podría parecer menos expresiva al aludir a una noción de equilibrio, cobra todo su sentido al ponerse en relación con el «proceso» Bartole, S., Conforti, B. y Raimondi, G., *Comentario alla Convenzione...*, *op. cit.*, pp. 190 y 191.

49. Así SSTEDH casos *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio de 1993; caso *Kress c. Francia*, de 7 de junio de 2001; caso *Wynen c. Bélgica*, de 5 de noviembre de 2002; caso *Ócalan c. Turquía*, de 12 de mayo de 2005; caso *Anna de Rosa y otros c. Italia*, de 11 de diciembre de 2012; caso *Mammadov c. Azerbayán*, de 26 de enero de 2017.

50. SSTEDH caso *Kamasinski c. Austria*, de 19 de diciembre de 1989, *Ferreira Alves c. Portugal*, de 21 de junio de 2007, *Mirilashvili c. Rusia*, de 11 de diciembre de 2008; *Novo y Silva c. Portugal*, de 25 de septiembre de 2009; *Yüksel Yalçınkaya c. Turquía* [GS] de 26 de septiembre de 2023.

51. STEDH de 26 de mayo de 1988.

mente⁵². Las limitaciones que pueden encontrarse a este respecto en apelación y/o en casación y las disfunciones que provocan cuando la condena la acuerda el órgano *ad quem* (tras una inicial sentencia absolutoria del órgano *a quo*) extendiendo su valoración a cuestiones fácticas y no sólo jurídicas sin oír al acusado en audiencia pública se encuentran en la base de las sucesivas y numerosas condenas impuestas a España, a partir de la sentencia del caso *Igual Coll* de 10 de marzo de 2009⁵³.

Las garantías del art. 6 no se aplican en cambio por regla general a los medios de impugnación extraordinarios, como aquellos relativos a la solicitud de reapertura de un procedimiento que ha concluido por sentencia firme, atendidos los efectos de la cosa juzgada. Sin embargo, atendidas la naturaleza, el alcance⁵⁴ y las características específicas del recurso extraordinario pertinente en el ordenamiento jurídico de que se trate pueden ser tales que permitan extender el ámbito de aplicación del art. 6 a dicho procedimiento, sea este de carácter civil [*Bochan contra Ucrania* (nº 2), de 5 de febrero de 2015] o de carácter penal [*Moreira Ferreira contra Portugal* (nº 2), de 11 de julio de 2017].

Junto a las dos exigencias basilares indicadas (igualdad de armas y contradicción), la noción de proceso equitativo proyecta otras implicaciones entre las que destaca la obligación de motivar las decisiones judiciales, como presupuesto indispensable para demostrar que la decisión ha sido adoptada con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, para que el justiciable pueda convencerse de que se ha hecho justicia y de que sus alegaciones han sido examinadas y, en fin, situarle en condiciones que le permitan articular los recursos que el ordenamiento establezca. El TEDH ha destacado que el derecho al proceso equitativo no se limita a garantizar el acceso a los tribunales, es decir, a promover la actividad jurisdiccional, sino que se extiende al derecho de obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso.

52. Véanse las sentencias de los casos *Jan Ake Andersson c. Suecia*, de 29 de octubre de 1991; *Fejde c. Suecia*, de 29 de octubre de 1991; *Kremzow c. Austria*, de 21 de septiembre de 1993; *Belziuk c. Polonia*, de 25 de marzo de 1998; *Cooke c. Austria*, de 8 de febrero de 2000; *Constantinescu c. Rumanía*, de 27 de junio de 2000; *Helmers c. Suecia*, de 29 de octubre de 2001; *Golubev c. Rusia*, de 9 de noviembre de 2006; *Papa y Tanasescu c. Rumanía*, de 10 de abril de 2012.

53. A la que siguen las recaídas en los casos *Marcos Barrios* de 21 de septiembre de 2010, *García Hernández* de 16 de noviembre de 2010, *Almenara Álvarez* de 25 de octubre de 2011, *Lacadena Calero* de 22 de noviembre de 2011, *Valbuena Redondo* de 13 de diciembre de 2011, *Serrano Contreras* de 20 de marzo de 2012, *Vilanova Goterris y Llop García* de 27 de noviembre de 2012, *Nieto Macero* de 8 de octubre de 2013 y, de la misma fecha, *Román Zurdo y otros*; *Sainz Casla*, de 12 de noviembre de 2013; *Porcel Terribas*, de 8 de marzo de 2016; *Gómez Olmeda*, de 29 de marzo de 2016; *Atutxa Mendiola*, de 13 de junio de 2017; *Camacho Camacho*, de 24 de septiembre de 2019; *Pardo Campoy y Lozano Rodríguez*, de 14 de enero de 2021; *Serrano Contreras* (nº 2), de 26 de octubre de 2021; y *Centelles Mas y otros*, de 7 de junio de 2022.

54. Si el recurso extraordinario conduce automáticamente o en circunstancias específicas a una reconsideración completa del caso.

Una primera concreción de esta garantía se llevó a cabo en la sentencia de 16 de diciembre de 1992 del caso *Hadjianastassiou contra Grecia* en la que el Tribunal declaró que si bien los Estados gozan de amplia libertad para la elección de los medios con los que se respeten los imperativos del artículo 6, los jueces han de indicar con claridad suficiente los motivos en que se basan sus resoluciones, pues sólo así el acusado podrá ejercitarse de manera útil los recursos existentes⁵⁵.

En el caso *Ruiz Torija contra España*, el Tribunal en su sentencia de 9 de diciembre de 1994, recordó que el artículo 6.1 obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, lo que, sin embargo, no puede entenderse como la exigencia de dar una respuesta detallada a cada argumento. El alcance de este deber puede variar según la naturaleza de la decisión siendo necesario además tener en cuenta la diversidad de motivos que un litigante puede plantear y las diferencias dentro de los Estados en materia de normas legales, costumbres, concepciones doctrinales, presentación y redacción de las sentencias y fallos; por ello el incumplimiento de esta exigencia sólo puede analizarse a la luz de las circunstancias de cada caso concreto⁵⁶. Ahora bien, dado que los litigantes tienen derecho a presentar las observaciones que estimen pertinentes en defensa de sus intereses, este derecho sólo puede considerarse efectivo si realmente aquéllas son debidamente examinadas por el Tribunal requerido, imponiéndole el art.6 la obligación de llevar a cabo un examen efectivo de las alegaciones y pruebas de las partes, y una respuesta motivada cuya extensión se determinará en función de las circunstancias del caso⁵⁷.

Ha de tenerse en cuenta que las exigencias de motivación se extienden tanto a los razonamientos jurídicos, como a la valoración de los hechos.

55. En un asunto en apelación de una condena por divulgación de secretos oficiales, el tribunal militar, tras celebrar una audiencia, examinó a puerta cerrada una serie de cuestiones a las que respondió con un sí o un no para concluir en un fallo condenatorio, leído en audiencia pública. El TEDH constató que el tribunal de casación sólo puede controlar la correcta aplicación del Derecho por parte de las jurisdicciones militares a través de las preguntas de los presidentes y las respuestas de los colegas, dado que la motivación resulta de esos términos, y concluyó que se había violado el artículo 6.1 del Convenio.

56. Se cuestionaba la falta de respuesta dada a la excepción de prescripción opuesta frente a la demanda de resolución de contrato de arrendamiento; el TEDH consideró que, dada la incidencia decisiva de dicha excepción en el caso, merecía una respuesta del tribunal. Véase, asimismo, en relación a España el caso *Hiro Balani*, de 9 de diciembre de 1994, en el que declara que «... la jurisdicción de casación, que anuló la sentencia dictada en primera instancia y resolvió de nuevo en cuanto al fondo, debía... examinar la totalidad de las alegaciones formuladas en el transcurso del procedimiento, por lo menos en la medida en que constituyan el objeto del debate, incluso aunque no se hubiesen vuelto a formular en casación» y el caso *Juez Albizu*, de 10 de noviembre de 2009.

57. STEDH de 28 de junio de 2007, caso *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*.

En lo referente a la motivación jurídica, el TEDH básicamente exige que los argumentos no sean arbitrarios. La arbitrariedad se produce cuando no se ha esgrimido razón alguna real para la decisión o cuando se han basado en errores jurídicos o fácticos manifiestos⁵⁸. El concepto de error manifiesto utilizado por el TEDH, como él mismo reconoce, procede de la Corte de Casación francesa y básicamente considera que es aquél que ningún tribunal podría haber cometido por la ausencia de base jurídica alguna o de una mínima conexión entre los hechos declarados probados, la aplicación de las normas y el resultado del proceso⁵⁹.

Respecto a la motivación fáctica, el CEDH no establece normas relativas a la admisión y valoración de pruebas, aspecto que queda en el margen de apreciación nacional, pero el TEDH ha establecido algunos criterios relevantes: (i) la obligación de motivación fáctica se extiende tanto a los procesos civiles como penales, aunque no se aplique de igual manera. (ii) debe valorarse concienzudamente toda prueba que pueda ser considerada decisiva para el resultado del caso⁶⁰; (iii) si las partes no han propuesto prueba adecuadamente, el tribunal nacional debe, si se lo permite su ordenamiento jurídico, adoptar una posición proactiva para establecer los hechos adecuadamente⁶¹; (iv) aunque las normas sobre admisión y valoración de prueba son diferentes en las vertientes civil y penal del art. 6, los tribunales nacionales pueden inspirarse de las vigentes en el ámbito penal para aplicarlas y, en determinadas circunstancias extenderlas, al ámbito civil⁶²; (v) como ya se ha apuntado respecto a la fundamentación jurídica, la valoración de la prueba no puede ser arbitraria ni irrazonable⁶³ (considerando que esta lo es cuando es «tan sorprendente y palpable» que a la vista de la misma se pueda considerar «extraordinariamente arbitraria»⁶⁴).

Las obligaciones de motivación fáctica se hacen especialmente relevantes cuando de una *Corte d'assise* con participación de un jurado popular se trata: así mientras que en el caso *Taxquet contra Bélgica* de 16 de febrero de 2010 la Gran Sala consideró que el examen conjunto del escrito de acusación y de las cuestiones planteadas al Jurado permitían conocer los elementos de prueba y circunstancias de hecho tomados en consideración, cumpliéndose el canon de motivación exigido por el Convenio, tales circunstancias operaron de forma

58. STEDH caso *Moreira Ferreira c. Portugal* (2) § 85.

59. STEDH caso *Bochan c. Ucrania* (2), § 62.

60. STEDH caso *Saliba c. Malta*, § 64.

61. STEDH caso *Wagner y J.M.WL. c. Luxemburgo*, § 92.

62. STEDH caso *Saliba c. Malta*, §§ 67 y 73.

63. STEDH caso *Moreira Ferreira c. Portugal* (2) § 83.

64. STEDH caso *Bochan c. Ucrania* (2), § 62.

diversa en cinco casos contra Francia que fueron objeto de sentencia el 10 de enero de 2013 apreciándose vulneración en tres de ellos (*Agnelet, Oulahcene y Fraumens*) y suficiencia de motivación en los otros dos (*Legillon y Voica*).

Debe apuntarse que las obligaciones de motivación se extienden a cualquier fase o instancia de los procedimientos, aunque operarán de distinta forma en función de en cuál nos encontremos y, muy especialmente, de los derechos que estén en juego. De esta forma es evidente que las obligaciones de motivación no tendrán la misma extensión en primera instancia que en una apelación en la que se acepten los argumentos del tribunal inferior, como no serán las mismas las obligaciones de motivación para inadmitir a trámite una pretensión en primera instancia y en casación. En este marco resulta de especial interés comprobar si tras una sentencia del TEDH declarando la vulneración de uno de los derechos del Convenio, con base en ella la petición de reapertura del proceso nacional ha recibido respuesta y, en caso de rechazo, ha sido debidamente motivada y ajustada a las exigencias del art.6 CEDH [caso *Moreira Ferreira contra Portugal* (nº 2), de 11 de julio de 2017 y caso *Serrano Contreras contra España* (nº 2), de 26 de octubre de 2021].

La citada insuficiencia de motivación se ha situado también en la base de la vulneración de este derecho apreciada en el caso *Dhahbi contra Italia*, de 8 de abril de 2014, por la negativa del tribunal de casación italiano («última instancia interna» en el sentido del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE) de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia interesada por el demandante (a diferencia de lo sucedido en casos precedentes como *Ver-gauwen y otros contra Bélgica*, de 10 de abril de 2012 y *Ullens de Schooten y Rezabek contra Bélgica* de 20 de septiembre de 2011 y posteriores, como el caso *Baydar contra Países Bajos* de 24 de abril de 2018).

4. En particular, el derecho de acceso a un tribunal

El punto de partida para que pueda cumplirse el derecho al proceso equitativo, es la garantía de acceso a los Tribunales de justicia, para solicitar ante ellos la tutela de derechos e intereses legítimos a través de un pronunciamiento jurisdiccional fundado. El debido proceso no es concebible fuera del rogado desarrollo jurisdiccional; por ello precisa, necesariamente, el reconocimiento previo del derecho de acción entendido como derecho a la tutela judicial efectiva, o derecho a acudir a los Tribunales y lograr una decisión jurisdiccional con arreglo a la ley, que está integrado en el contenido del artículo 6.1, según declaró tempranamente el TEDH en el caso *Golder contra Reino Unido*, de 21 de febre-

ro de 1975⁶⁵ y desde entonces viene reiterándose en numerosos pronunciamientos⁶⁶.

No se trata de un derecho absoluto, sino que se encuentra sujeto a las condiciones de ejercicio establecidas en las legislaciones internas, reconociéndose un amplio margen de apreciación nacional. Se trata de un derecho de configuración legal que debe ejercitarse a través de los cauces legalmente establecidos ajustándose al cumplimiento de los requisitos que a tal efecto se hayan fijado, bien entendido que deberán orientarse a preservar otros derechos o intereses dignos de protección y siempre que no resulten desproporcionados con la finalidad perseguida por los mismos. En palabras del TEDH (*Asihgdane contra Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985), «el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y puede ser reglamentado por los Estados, si bien tal reglamentación no puede constituir un atentado a la esencia del derecho mismo». Además «puede variar en el tiempo y en el espacio en función de los recursos de la comunidad y de las necesidades de los individuos».

Tal circunstancia ha llevado al TEDH a no considerar lesivo de este derecho el establecimiento de reglas de prescripción, fijando un plazo para ejercitar las acciones. Así en el caso *Stubblings y otros contra Reino Unido*, de 23 de octubre de 1996 en el que el Tribunal consideró que el plazo cuestionado no era un plazo desproporcionado, partiendo de la base de que las reglas de prescripción son comunes a todos los Estados y responden a finalidades importantes: garantizar la seguridad jurídica estableciendo un término para ejercitar las acciones y protegiendo a los demandados frente a reclamaciones tardías impidiendo al tiempo la injusticia que se produciría si los tribunales tuvieran que pronunciarse sobre hechos acontecidos en un pasado lejano a partir de elementos de prueba escasamente fiables por el tiempo transcurrido. O el trato diferente otorgado a personas físicas y jurídicas nacionales y extranjeras, de cara a solicitar asistencia jurídica gratuita en un proceso civil con aplicación del principio de reciprocidad (caso *Granos Orgánicos Nacionales S.A. contra Alemania*, de 22 de marzo de 2012)

65. Se trataba de un detenido en una prisión británica, que pretendía entablar una acción por difamación contra uno de sus funcionarios, para lo cual había solicitado, sin éxito, la autorización del Ministro del Interior para consultar con un Abogado, el TEDH se planteó si el artículo 6.1 se limitaba a garantizar el derecho al debido proceso en un proceso ya abierto o si además, implícitamente, reconocía el derecho de acceder a los Tribunales a favor de toda persona interesada en promover un proceso en defensa de sus derechos e intereses legítimos, inclinándose por esta segunda solución.

66. V.gr. caso *Deweerd c. Bélgica*, de 27 de febrero de 1980; caso *Ashingdane c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985; caso *Cordova c. Italia*, de 30 de enero de 2003; caso *Baka c. Hungría*, de 3 de junio de 2016; caso *Grzeda c. Polonia*, de 15 de marzo de 2022.

Tampoco ha considerado lesivas determinadas limitaciones señaladas a la parte civil en un proceso penal, como por ejemplo la que en Derecho francés le impide plantear recurso de casación contra un auto de archivo si no recurre el Ministerio Fiscal; tal solución, adoptada en el caso *Berger contra Francia*, de 3 de diciembre de 2002, se tomó teniendo en cuenta entre otros aspectos el papel accesorio que la acción civil juega en el proceso penal y el hecho de que la parte conservaba la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil en demanda de sus derechos indemnizatorios derivados del hecho que había sido considerado carente de tipicidad penal.

Igualmente se han considerado en armonía con el artículo 6.1 la existencia de ciertas reglas procesales en los ordenamientos internos, como las relativas a los plazos de registro y depósito de documentos o de interposición de recursos, habida cuenta de la proporcionalidad que puede afirmarse en atención a los fines perseguidos⁶⁷, puesto que tratan de asegurar la buena marcha de la administración de justicia y el principio de seguridad jurídica⁶⁸. E incluso la fijación de límites a este derecho como consecuencia de la aplicación de la doctrina del acto político, según se deduce de la sentencia de la Gran Sala de 14 de diciembre de 2006 dictada en el caso *Markovic contra Italia*⁶⁹.

En cambio y por considerar que las limitaciones derivadas de las reglamentaciones internas no se ajustaban al juicio de proporcionalidad se ha afirmado la violación de las exigencias del artículo 6.1 en pronunciamientos tan tempranos como el caso *Airey contra Irlanda*, de 9 de octubre de 1979 en el que la demandante, que quería separarse de su marido y carecía de recursos económicos para pagar a un Abogado, dada la ausencia de sistema de ayuda judicial o asistencia jurídica gratuita en Irlanda para tales casos, se vio obligada a defenderte por sí misma ante el Tribunal Supremo. El TEDH consideró que era altamente improbable que una persona en la situación de la demandante pudiera

67. SSTEDH caso *Tejedor García c. España*, de 16 de diciembre de 1997 y caso *Edificaciones March Gallego, S.A. c. España*, de 19 de febrero de 1998.

68. Lo que no impide que, si bien la regla general es considerar compatible el establecimiento de plazos, éstos pueden llegar a hacer ilusorio el derecho al recurso, caso en que ha declarado existente la violación Así en los casos *Messina c. Italia*, de 26 de febrero de 1993; *Ganci c. Italia* de 30 de octubre de 2003 y *Enea c. Italia* de 17 de septiembre de 2009.

69. Se trata de un relevante asunto en el que intervienen también como partes los gobiernos de Reino Unido, Serbia y Montenegro, planteado como consecuencia de la decisión de la Corte de casación italiana que inadmitió a trámite por incompetencia un recurso en el que los demandantes solicitaban indemnizaciones por las muertes de sus familiares tras los bombardeos en la antigua Yugoslavia realizados por aviones de la OTAN que despegaron de suelo italiano. El TEDH declara la aplicabilidad del art.6 CEDH al caso, pero no lo considera vulnerado y estima correcta la solución que rechazó la petición, al tratarse de daños producidos por una acción de guerra, de naturaleza estrictamente política, que no puede ser objeto de revisión y supervisión judiciales. Para el TEDH las reclamaciones realizadas fueron suficientemente examinadas y recibieron una respuesta fundada en Derecho.

defender eficazmente su propia causa y que la posibilidad de comparecer por sí misma ante la Suprema Corte no le ofrecía un derecho de acceso efectivo.

Como también ha considerado incompatibles con el derecho de acceso las limitaciones establecidas en la casación penal francesa que exigen la puesta a disposición judicial del recurrente y su eventual ingreso en prisión para la tramitación del recurso; así en el caso *Khalfaoui contra Francia*, de 14 de diciembre de 1999, el TEDH recordó que el artículo 6 no exige la creación de Cortes de apelación o de casación, pero si un Estado se dota de tales Tribunales, asume la obligación de velar por que los justiciables gocen ante ellos de las garantías fundamentales y considera desproporcionada la exigencia procesal francesa, toda vez que la finalidad que persigue (asegurar el cumplimiento de la pena privativa de libertad para el caso de que el recurso no prospere) no se concilia con el carácter suspensivo del recurso y puede alcanzarse con otras medidas a disposición de las autoridades⁷⁰.

En esta misma línea puede citarse la sentencia de 17 de julio de 2007, caso *Mehmet y Suna Yigt contra Turquía*, en que el derecho de acceso resultó vulnerado por la exigencia de unas tasas para acceder a la jurisdicción administrativa, excesivamente elevadas y no acordes ni con la situación económica del país ni con el nivel de ingresos de los recurrentes que, pese a su precariedad, no obtuvieron el beneficio de asistencia jurídica gratuita⁷¹.

Igualmente han de citarse las sentencias de 22 de marzo de 2007 pronunciadas en los casos *Sialkowska contra Polonia* y *Staroszczyk contra Polonia*, en las que el Tribunal tras recordar que la asistencia jurídica gratuita en el ámbito civil no es una exigencia del Convenio pero si un ordenamiento interno la prevé debe respetar las exigencias del art.6 y ofrecer suficientes garantías a los ciudadanos frente a las arbitrariedades, declara la vulneración del derecho de acceso a consecuencia de la falta de planteamiento de sendos recursos de casación por abogados de oficio escudados en el amplio margen de apreciación que les confería la ley polaca y que, por lo mismo, abría un excesivo margen a la arbitrariedad.

También, y en el caso *Golder contra Reino Unido* citado, la negativa del Ministerio del Interior a permitir a un recluso consultar a un abogado con la finalidad de plantear una demanda por difamación contra uno de los funcionarios de la prisión, impidió en la práctica el acceso a un Tribunal. Como también lo impidió (constatándose la vulneración) la negativa a levantar la inmunidad que

70. Idéntica solución se aplicó en el asunto *Papon c. Francia*, de 25 de julio de 2002.

71. Y, en una situación parecida, el caso *Sega c. Rumanía* de 13 de marzo de 2012.

obstaculizaba la reclamación del ex cónyuge de la parlamentaria para hacer efectivo el derecho a tener contacto con el hijo (caso *Syngelidis contra Grecia*, de 11 de febrero de 2010). Igualmente y en el caso *Stone Court Shipping Company S.A., contra España*,⁷² de 28 de octubre de 2003, consideró que la interpretación de una exigencia procesal llevada a cabo por los órganos nacionales (rechazo de un recurso de casación presentado dentro de plazo pero no en el lugar que correspondía —Registro General del Tribunal Supremo— sino ante el Juzgado de Guardia sin que concurrieran las condiciones que excepcionalmente lo permiten) era particularmente rigurosa y había privado al demandante de su derecho de acceso al tribunal. No se trataba de un simple problema de interpretación de la legalidad ordinaria, sino de interpretación de una exigencia procesal que había impedido el examen del fondo del asunto y en unas circunstancias particulares que hacían especialmente rigurosa y desproporcionada la interpretación acogida. Rigurosidad, excesivo formalismo, falta de proporción y consecuente vulneración del derecho de acceso que aprecia también el Tribunal en otras muchas sentencias⁷³ advirtiendo que la aplicación retroactiva de un nuevo criterio de admisibilidad posterior a la presentación de un recurso no sólo vulnera el derecho de acceso al tribunal sino que afecta también a la seguridad jurídica (caso *Gil Sanjuán contra España*, de 26 de mayo de 2020 y caso *Xabier Lucas contra Francia*, de 9 de septiembre de 2022).

Más recientemente y recapitulando los principios generales para determinar si las restricciones establecidas por las legislaciones internas de acceso a los tribunales superiores (de apelación o de casación) son o no proporcionales, el TEDH en el caso *Zubac contra Croacia*, de 5 de abril de 2018 ha fijado como criterios a valorar: (i) la previsibilidad de la restricción, (ii) si es el demandante o el Estado demandado quien debe sufrir las consecuencias adversas de los errores cometidos durante el procedimiento que derivó en la denegación a la demandante del acceso al tribunal y (iii) si las restricciones en cuestión podrían ser consideradas como de un «formalismo excesivo».

Son también numerosas las sentencias en las que el Tribunal ha considerado vulnerado el derecho de acceso por las situaciones derivadas de las legislaciones nacionales requiriendo el pago de multas u otras sanciones para poder admitir a trámite un recurso, pues si bien tales limitaciones en principio no tienen por qué ser consideradas contrarias al Convenio, atendidas las circunstancias del caso, en especial la situación económica del afectado y su cuantía, pueden des-

72. Con cita de la precedente sentencia de 28 de octubre de 1998, dictada en el caso *Pérez de Rada Cavanilles c. España*.

73. Como por ejemplo las dictadas en los casos *Saez Maeso c. España*, de 9 de noviembre de 2004, *De la Fuente Ariza c. España*, de 8 de noviembre de 2007, *Barrenechea Atucha c. España*, de 22 de julio de 2008, *Reichman c. Francia*, de 12 de julio de 2016 y *Willems y Gorjon c. Bélgica*, de 21 de septiembre de 2021.

embocar en una lesión del derecho al proceso equitativo en cuanto impiden *de facto* el acceso a la justicia del recurrente (así, caso *Loncke contra Bélgica*, de 25 de septiembre de 2007 en el que el Tribunal recupera y aplica su jurisprudencia referida a la casación francesa⁷⁴).

En los últimos tiempos y en una línea evolutiva acorde con una mayor atención y sensibilización de los instrumentos internacionales a las personas afectadas por alguna discapacidad o enfermedad mental el Tribunal ha considerado que el artículo 6.1 garantiza a toda persona declarada incapaz el acceso a un tribunal para solicitar el restablecimiento de su capacidad jurídica correspondiendo a los Estados habilitar las modalidades procesales para ejercitar este derecho pudiendo establecer ciertas restricciones para evitar la saturación de los tribunales por demandas excesivas o mal fundadas (caso *Stanov contra Bulgaria* —Gran Sala— de 17 de enero de 2012). Y del mismo modo y en un tema también de índole civil ha considerado vulnerado este derecho (y ha exigido al Estado afectado tomar las medidas oportunas) ante la imposibilidad *de facto* sufrida por una madre condenada por maltrato de recuperar la custodia sobre los hijos una vez rehabilitada, al no existir cauce legal para ello (caso *M.D. y otros contra Malta*, de 17 de julio de 2012). Recientemente, en el caso *V.C.L y A.N. contra Reino Unido*, de 16 de febrero de 2021 ha analizado este derecho desde la perspectiva del incumplimiento por el Estado de las obligaciones positivas que le incumben para proteger a las víctimas de la trata y ha considerado que el proceso penal seguido frente a dos potenciales víctimas de trata no fue equitativo al no haberse detectado oportunamente esta circunstancia ni haberse remediado posteriormente en apelación una vez reconocidas como tales víctimas de trata.

Finalmente, no debe olvidarse que la garantía del artículo 6.1 se proyecta también sobre la ejecución de lo resuelto. La tutela de los derechos sería teórica o ilusoria si los ordenamientos jurídicos nacionales permitieran que las decisiones judiciales firmes quedaran inoperantes. De ahí que la ejecución de las resoluciones judiciales, de cualquier jurisdicción que sea, debe ser considerada parte integrante del art.6, según se ha recogido en numerosas sentencias del tribunal (especialmente a partir del caso *Hornsby contra Grecia*, de 19 de marzo de 1997) en las que se han precisado los términos de esta exigencia a la vista de las vulneraciones estimadas por deficiencias en el modo de ejecución o retrasos en el cumplimiento⁷⁵.

74. Recogida, entre otras muchas, en la STEDH de 14 de noviembre de 2000 —caso *Annoni di Gussola y otros c. Francia*— y en las decisiones de 9 de enero de 2001 —caso *O'Neil c. Francia*— y 7 de junio de 2007 —caso *Marcos Irles c. Francia*—.

75. Entre otras, SSTEDH casos *Bourdov c. Rusia*, de 7 de mayo de 2002, *Vidal Escoll y Guillén González c. Andorra*, de 29 de julio de 2008, *Unión de Clínicas privadas v. Grecia*, de 15 de octubre de 2009, *Pelipenko c. Rusia* de 2 de octubre de 2012 o *García Mateos c. España*, de 19 de febrero de 2013.

5. A modo de recapitulación

El derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa, públicamente y en un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial y establecido por la ley, mezcla exigencias orgánicas (juez legal, independiente e imparcial) con otras procesales (igualdad de armas, audiencia y contradicción, publicidad, duración razonable del proceso), reclamables en todo proceso donde se discutan derechos y obligaciones de carácter civil o penal (apartado 1.º del artículo 6); y establece, a continuación, una serie de precisiones que cobran sentido primordialmente en el proceso penal, al consagrar el derecho a la presunción de inocencia del acusado, así como su derecho de defensa enunciando una serie de derechos que, como mínimo, deben garantizarse a un acusado.

La estructura del artículo 6 consta, por tanto, de dos partes diferenciadas: el primer apartado enuncia los principios del proceso equitativo reclamables tanto en materia civil como penal, mientras que los apartados segundo y tercero reconocen diferentes garantías a los inculpados en un proceso penal que se añaden a las derivadas del principio del proceso equitativo.

La concreción del ámbito de aplicación en el que son reclamables estas garantías; esto es, «litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil» o sobre el fundamento de una «acusación en materia penal», ha sido eminentemente casuística, por tratarse de conceptos ambos de carácter autónomo, independiente de las categorías empleadas por las legislaciones internas de los Estados parte. El TEDH ha clarificado significativamente esta cuestión mediante la elaboración de estándares que facilitan la tarea de catalogación: los criterios *Engels* en 1976 para reconducir los litigios a su calificación como «penales», y los criterios *Eskelinen* en 2007 para hacerlo a los «civiles».

Punto de partida para el disfrute de las garantías reconocidas en el artículo 6 CEDH es la previa e implícita garantía de acceso al proceso para solicitar ante los Tribunales la tutela de derechos e intereses legítimos. No se trata de un derecho absoluto sino sometido a un amplio margen de apreciación nacional. Es un derecho de configuración legal, pero las exigencias de las legislaciones internas no pueden resultar desproporcionadas ni atentar contra la esencia del derecho mismo, cuestión esta última de difícil y casuística concreción que ha llevado al TEDH a avanzar en la línea de sentar estándares claros indicando desde el caso *Zubac* de 2018 los tres criterios determinantes para concluir si una restricción en el acceso es o no proporcionada (su previsibilidad; su posible formalismo excesivo; el sufrimiento de las consecuencias adversas de los errores cometidos durante el procedimiento).

Bibliografía

- ARANGÜENA FANEGO, C., «Introducción al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH, en particular, el derecho de acceso a un Tribunal», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca, J., Santolaya Machetti, P. y Pérez Moneo, M. (coordinadores), Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 4^a ed., Madrid, 2023, vol.I, pp.259-280.
- BAROLE, S., CONFORTI, B. Y RAIMONDI, G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- ESPARZA LEIBAR, I., «Derecho a un proceso equitativo», en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Lasagabaster Herrarte, I., (director), 4^a ed., Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, 2019.
- GARCÍA ROCA, J. BUSTOS GISBERT, R. VIDAL ZAPATERO, J.M., «El derecho a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley (art.6.1 del Convenio): de una garantía concreta y de mínimos a un principio institucional del Estado de Derecho», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca, J., Santolaya Machetti, P. y Pérez Moneo, M. (coordinadores), Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 4^a ed., Madrid, 2023, vol.I, pp.373-426.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J., «Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, V, 2000, Ministerio de Justicia, Madrid.
- SALADO OSUNA, A. MONTES TOSCANO, B. y DOMÍNGUEZ EXPÓSITO, C. «El plazo razonable en la Administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 6.1 CEDH)», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca, J., Santolaya Machetti, P. y Pérez Moneo, M. (coordinadores), Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 4^a ed., Madrid, 2023, vol.I, pp.297-326
- SOYER, J. C. y SALVIA, M. de, «Article 6», en *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Pettiti, L. E., Decaux, E., e Imbert, P. H. (directores), París, 1999.
- VELU, J., y ERGEC, R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, 1990.
- VIDAL ZAPATERO, J.M. y MACHO CARRO A. «El derecho a un proceso público: una garantía relativizada por el Tribunal de Estrasburgo (Artículo 6.1 CEDH)», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca, J., Santolaya Machetti, P. y Pérez Moneo, M. (coordinadores), Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 4^a ed., Madrid, 2023, vol.I, pp.327-372.

V | El abuso de derecho en el proceso y la buena fe procesal en la Directiva 2024/1069 sobre demandas estratégicas

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

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. TUTELA JUDICIAL, ABUSO DEL DERECHO AL PROCESO Y BUENA FE. 2.1. VÍAS CLÁSICAS DE SANCIÓN DE LA MALA FE PROCESAL: LA CONDENA EN COSTAS. 2.2. LA MALA FE PROCESAL EN LAS DEMANDAS ABUSIVAS DE LA DIRECTIVA 2024/1069. 2.3. MEDIDAS PROCESALES SANCIONADORAS EN LA DIRECTIVA. 3. ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACÍA, NORMAS DEONTOLOGÍCAS, LEY ORGÁNICA DEL DERECHO DE DEFENSA Y BUENA FE. 4. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

La buena fe procesal y el abuso del derecho constituyen conceptos jurídicos indeterminados que no han sido suficientemente estudiados en la doctrina procesal. Mediante esta aportación se pretende realizar una breve reflexión bajo el prisma del excelente trabajo publicado por el profesor Cachón Cadenas en la revista Justicia en el año 2005 titulado «La buena fe en el proceso civil», en el que se recoge una de las aportaciones más relevantes al respecto. La identificación de los problemas constitucionales, así como el cuestionamiento de la figura de la buena fe procesal en su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva constituye hoy en día un referente entre los procesalistas. Con todo, su análisis resulta de absoluta actualidad y necesidad en un momento en que se publica la Directiva 2024/1069, de 11 de abril, relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública»). La valoración de la buena fe procesal que efectúa el profesor Cachón Cadenas choca con la tendencia de la UE que cuestiona el acceso a los tribunales bajo determinados presupuestos materiales, o al menos exigirá una reflexión detenida del legislador en el momen-

to de su trasposición. No cabe duda de que nos hallamos ante un reto legislativo en el que el pensamiento del profesor Cachón debe tomarse como referente.

2. Tutela judicial, abuso del derecho al proceso y buena fe

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido un derecho fundamental que los jueces han interpretado de manera quasi absoluta. En general, se ha fomentado el acceso a los tribunales, para lo cual, los obstáculos de todo tipo que impiden acudir a ellos deben ser removidos, a riesgo de incurrir en un supuesto de indefensión sancionado en todas las instancias judiciales y por el Tribunal Constitucional. Se aplica la máxima *qui iure sui utitur neminen laedit*, o lo que es lo mismo, quien ejercita un derecho no puede provocar daño¹. Esta tendencia se va atenuando conforme se percibe el uso de la acción judicial con fines diferentes al propio del ejercicio de un derecho. Es el momento en que aparecen matizaciones y se abre la posibilidad de que se pueda producir un uso abusivo del proceso que provoque daños por el acceso a los tribunales.

Los supuestos más frecuentes en que se ha apreciado un uso abusivo del proceso fuente de daños ha sido el de ejercicio de la acción con retraso desleal. Los requisitos exigidos por el TS para que se dé un supuesto de abuso o ejercicio desleal han sido señalados, entre otras, por la STS 769/2010, de 3 diciembre. En la misma «se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkug): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitarse el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitárá. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SSTS, por ejemplo, 16 febrero 2005, 8 marzo y 12 abril 2006, entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTS 17 junio 1988, 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas)».

Pero no sólo cabe llamar la atención sobre el abuso del derecho o fraude de ley, sino que en la actualidad es el principio de la buena fe procesal el que preside el comportamiento y actuación de las partes ante los tribunales, siendo un concepto al que se le presta mayor atención quizá por la «sutileza» de su percepción. El principio de la buena fe procesal ha tenido una formulación tardía en nuestro ordenamiento. El deber de actuar con probidad ante los tribunales

1. Sentencia del TS (Sala de lo Civil) nº 872/2011, de 12 de diciembre, en la que se establecen las reglas que deben ser tenidas en cuenta para evitar hablar de abuso de derecho en el proceso.

ha sido planteado como principio general, pero no ha sido hasta la LOPJ y LEC de 2000 cuando se ha positivizado en sendos arts. 11 y 247 respectivamente. Hasta la fecha, el art. 7 CC ha sido el marco regulador, si bien todo su desarrollo se ha efectuado en el ámbito del derecho material². De ahí que en ocasiones se traigan al terreno procesal los presupuestos de su afectación. Cachón Cadenas analiza sistemáticamente la noción de la buena fe, la cual se formula de manera amplia en el art. 17 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos bajo el rótulo «prohibición del abuso de derecho»³. Pero la noción se impone en nuestro ordenamiento tensionando el derecho del art. 24 CE. Por su parte, Fairén Guillén se refiere al principio de «probidad procesal» como uno de los fundamentales del proceso, consistente en no utilizar argumentaciones fraudulentas y no utilizar el proceso como instrumento para cometer fraude⁴.

Las críticas de la doctrina procesal en torno al concepto de buena fe se centran en la posible incompatibilidad con un sistema garantista, en el que están en juego los derechos constitucionales procesales, pero también el principio de legalidad, y más concretamente la legalidad en materia sancionadora⁵. Por el contrario, existen manifestaciones de buena fe en otros principios proclamados en la Constitución como la justicia, la seguridad jurídica, o el deber de colaboración. No obstante, parece que elevar a la categoría constitucional nuestro principio o regla puede ser excesivo, al menos en los términos en los que está regulado en la actualidad.

Para el profesor Cachón hay dos problemas difícilmente salvables. El primero se refiere al carácter omnicomprensivo del concepto, ya que no se circunscribe a una fase procesal concreta, lo que nos lleva a poder aplicarlo a cualquier actuación procesal. La pregunta que nos hacemos inmediatamente es qué ocurre con las actuaciones previas, en especial aquellas que parece que van a regular-

2. PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, ed. JMB, Barcelona, 2013, p. 56, quien, en su profundo estudio de la institución, da cuenta de la desproporción entre el desarrollo doctrinal en el ámbito del derecho material y en el derecho procesal.

3. CACHÓN CADENAS, Manuel, «La buena fe en el proceso civil», *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 1-2, 2005, p. 11; PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, cit., p. 97.

4. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 37.

5. CACHÓN CADENAS, Manuel, «La buena fe en el proceso civil», cit., p. 10; ARMENTA DEU, Teresa, «Medidas coercitivas dirigidas a tutelar el desarrollo adecuado del proceso y a colaborar con la Justicia. Una aproximación comparada», *Derecho y Proceso. Liber amicorum Francisco Ramos Méndez*, vol. I, ed. Atelier, Barcelona, 2018, p. 300.

se en futuras normativas y que ponen de manifiesto con más evidencia la buena o mala voluntad de los litigantes⁶.

El segundo problema apuntado constituye un clásico en el Derecho, y es el carácter indeterminado de la noción de buena fe. Mucha es la literatura doctrinal y jurisprudencial que apela a un buen hacer, a un actuar leal y con probidad, y recurriendo a los valores de la moral, honestidad y la lealtad⁷. Como señala el profesor Cachón, nuevamente se trata de conceptos susceptibles de generar mayor inseguridad si cabe ya que hay que situarlos en el contexto social, económico, histórico, e incluso territorial para identificar si hay o no hay buena fe. Pero, sobre todo, no habría que perder de vista el derecho de defensa, según el cual, la parte puede acudir a cualesquiera herramientas procesales para hacer valer sus pretensiones. Si el ordenamiento las pone a su disposición, su uso estará permitido. De ahí que autores como Montero Aroca propongan la formulación de la prohibición del comportamiento de mala fe, en lugar de su enunciado positivo⁸.

Al margen del rango normativo de la norma que acoja el principio o la regla de la buena fe procesal, resulta imposible identificar conductas concretas como malintencionadas, por lo que queda a criterio del juez identificar situaciones atentatorias de la buena fe procesal. Aquí tendrá que valorar qué actuación es razonablemente asumible por el proceso, y cuál lesiona y daña a la parte contraria más allá de la defensa de su derecho. La línea que separa ese daño es muy delgada.

En cualquier caso, nos encontramos en un sistema vigente en el que se positiviza una regla de comportamiento de las partes en el art. 11 LOPJ y en el art. 247 LEC, cuya infracción lleva aparejadas consecuencias sancionadoras también muy ambiguas, salvo la imposición de multas procesales. Para la determinación de la cuantía de la multa, la lógica nos indica que el tribunal puede tener en cuenta las circunstancias del caso, tal y como establece el art. 247.3 pfo. 2º LEC, y el daño al otro litigante. La peculiaridad estriba en la posible constatación de perjuicios al procedimiento, dato que también facilita la cuantificación de la multa. Con ello parece que se toma en cuenta el propio sistema de justicia, que puede verse afectado y dañado por el mal comportamiento de

6. Nos referimos a todos los medios adecuados de solución de controversias respecto de los que se pretende establecer un carácter cuasiobligatorio.

7. CACHÓN CADENAS, Manuel, «La buena fe en el proceso civil», cit., p. 14.

8. Señala MONTERO AROCA, Juan, «El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria», en *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, coord. Montero Aroca, Juan, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 163, que el “juego” se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial»; también en «Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”», ibidem, p. 345.

una de las partes. La valoración no será cuantitativa, pero puede incidir en la elevación de la multa. Precisamente eso es lo que recoge el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia de 2024 con relación a la reforma del art. 247 LEC. Para la determinación de la multa se tendrá en cuenta los perjuicios que se causen a la otra parte, a la Administración de Justicia, la capacidad económica del infractor, y la reiteración de la conducta.

En caso de apreciación de abuso de derecho o fraude de ley, las consecuencias que se prevén no son de tipo económico, sino que habrá un rechazo de las pretensiones, incidentes o excepciones⁹. Nuevamente nos movemos en el terreno de la inseguridad legislativa ya que, como señala el profesor Cachón, no se indica ni el momento, ni el tipo de resolución. Rechazar equivale a denegar, por lo que la decisión ha de ser de fondo¹⁰. No obstante, si la conducta que implica abuso de derecho o fraude de ley constituye en todo caso una forma de infracción de la buena fe, debería corresponder la imposición de una multa procesal igualmente, aunque el legislador no lo ha previsto. Lo único que puede justificarlo es el hecho de que el abuso de derecho o fraude de ley se manifiesta por el mero hecho de ejercitarse la acción ante los tribunales, con independencia del proceder de los litigantes durante el proceso. El ejemplo ya se ha señalado en relación con el uso abusivo por retraso desleal, en el que nuestros tribunales condenan al pago de indemnizaciones por los daños y perjuicios que causa el recurso a los tribunales a la parte contraria¹¹.

2.1. Vías clásicas de sanción de la mala fe procesal: la condena en costas

Ahora bien, la exigencia de un comportamiento leal durante el proceso se ha asumido tácitamente por los contendientes, y concretamente por los profesionales que intervienen en defensa y representación de las partes. El momento más destacado en el que se han tenido en cuenta las consecuencias de un

9. No obstante, el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios de 2024, presentado a tramitación parlamentaria el 22 de marzo de 2024, incluye una modificación del apartado 3 del art. 247 LEC que consideramos de relevancia, y que vendría a solventar algunos problemas sobre la confusión entre buena fe y abuso de derecho. En la reforma se propone la imposición de multas no sólo por ir contra las reglas de la buena fe procesal, sino también por actuar «con abuso del servicio público de Justicia». Con ello, se aclara la base que da lugar a la sanción pecuniaria, y no sólo se reduce al rechazo de las pretensiones, sino que también abre la vía de la multa.

10. CACHÓN CADENAS, Manuel, «La buena fe en el proceso civil», cit., p. 43.

11. Sentencia del TS (Sala de lo Civil) nº 872/2011, de 12 de diciembre; STS del TS (Sala de lo Civil) nº 769/2010, de 3 de diciembre.

comportamiento procesal malicioso ha venido de la mano del sistema de condena en costas, en el que es destacable el del proceso civil y el del proceso penal. El criterio general de la condena en costas previsto en el art. 394 LEC es el criterio del vencimiento objetivo, de tal modo que se impone la máxima de que quien ve desestimadas todas sus pretensiones es condenado en costas y debe abonar los gastos de la parte contraria. En caso de estimación parcial de pretensiones, cada parte abonará las suyas y las comunes por mitad. Este criterio encuentra su excepción en los casos en que se hubiese litigado con temeridad. Se trata de un calificativo que el juez puede apreciar y obedece al comportamiento de la parte a lo largo del proceso. En general se ha venido entendiendo que podía apreciarse temeridad tanto por el planteamiento de una pretensión carente de fundamento, como por un actuar con ánimo dilatorio y obstaculizador¹².

Las consecuencias que lleva aparejada la actuación temeraria en el proceso, hasta fechas recientes, ha sido la atribución de las costas procesales a la parte, superando otros criterios legales. En esa estructura, la naturaleza jurídica de la sanción no responde a los parámetros propios de la responsabilidad civil ni a las actuales sanciones procesales. Únicamente el art. 70 LECrim, regulador del incidente de recusación, añade a las costas procesales una sanción o multa¹³.

2.2. La mala fe procesal en las demandas abusivas de la Directiva 2024/1069

El ejercicio abusivo de la tutela judicial, así como comportamientos de las partes contrarios a la buena fe comienza a ser una realidad en ciertos ámbitos de los que toma conciencia la UE. Por ello, merece ser objeto de análisis la Directiva 2024/1069 de 11 de abril de 2024, relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas («demandas estratégicas con-

12. ARIZA COLMENAREJO, M^a Jesús, *Las costas en el proceso penal*, ed. Comares, Granada, 1998, p. 194-195; HERRERO PEREZAGUA, Juan, *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, ed. JMB, Barcelona, 1994, p. 129, considera que temeridad y mala fe pueden ser conceptos coincidentes, relacionados con la conciencia de la injusticia o ser conocedor de la falta de razón. Además, es un concepto que debe ser entendido en sentido amplio, dando cabida tanto a situaciones en las que hay dolo o mala fe, como aquellas en las que concurre culpa o negligencia de la parte.

13. El art. 70 LECrim dice: «En los autos en que se deniegue la recusación se condenará en las costas al que la hubiere promovido. Cuando se apreciare que obró con temeridad o mala fe se le impondrá, además, una multa de 200 a 2.000 pesetas, cuando el recusado fuere Juez de instrucción; de 500 a 2.500, cuando fuese Magistrado de Audiencia, y de 1.000 a 5.000, si lo fuere del Tribunal Supremo. Se exceptúa de la imposición de las costas y de la multa al Ministerio Fiscal».

tra la participación pública»)¹⁴. El objeto de la Directiva es generar un marco normativo para que los Estados adopten ciertas herramientas procesales con el fin de atajar las demandas manifiestamente infundadas contra la participación pública. Desde hace algunas décadas se ha comprobado cómo entidades públicas y privadas presentan demandas contra periodistas inicialmente, pero también contra organizaciones defensoras de derechos humanos, con la finalidad de silenciar sus denuncias de carácter social y político. Se ha interpretado que el objeto de las demandas es servir de coacción a instituciones que participan activamente en el debate democrático. La consecuencia es el uso fraudulento del proceso, un proceso en el que hay desigualdad entre los contendientes, y en el que el demandante se encuentra en una situación económica favorable. Además, esto supone una utilización de la Administración de Justicia con fines espurios, generando una litigiosidad innecesaria y agotando recursos públicos.

Por lo tanto, el objetivo de la Directiva es corregir esta situación a través de la implantación de diversas instituciones procesales, algunas de las cuales ya se recogen en nuestra ley procesal, si bien no de forma específica para ese ámbito material. Aunque la Directiva está prevista para demandas abusivas contra la participación pública que tengan repercusiones trasfronterizas, nada obsta para que las medidas se extrapolen a cualquier otro proceso civil, con independencia del ámbito material y espacial. Esto significa que los ciudadanos deben ser responsables a la hora de utilizar los medios que la jurisdicción pone a su alcance y abandonen cualquier uso fraudulento de los tribunales. Por ello, el eje central se basa en la adopción de medidas sancionadoras contra comportamientos abusivos y de mala fe en el demandante, sanciones que pueden ser de carácter económico, pero también de carácter procesal. En este marco, el análisis de la buena fe procesal y el abuso de derecho pone el foco únicamente en la parte demandante, por lo que habrá que ser prudentes en el momento de la traspוסición de la directiva. Entendemos que hay una especial exigencia de cumplimiento de dichos principios para el demandante, puesto que es él el que provoca la activación de los tribunales.

La Directiva no identifica la institución de la buena fe procesal o el abuso al proceso. Lo hace de forma indirecta al definir la acción judicial abusiva. El art.

14. Previamente hay dos recomendaciones de la UE cuyo objeto es el refuerzo de la democracia, la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación. Con ello se persigue evitar demandas que coaccionen ante la participación pública de periodistas, organizaciones no gubernamentales, académicos y sociedad civil en general. Se trata de la Recomendación (UE) 2021/1534 de la Comisión de 16 de septiembre de 2021, sobre la garantía de la protección, la seguridad y el empoderamiento de los periodistas y los otros profesionales de los medios de comunicación en la Unión Europea, y la Recomendación (UE) 2022/758 de la Comisión de 27 de abril, sobre la protección de periodistas y defensores de los derechos humanos que participan en la esfera pública frente a procedimientos judiciales manifiestamente infundados o abusivos.

4.3 considera como tal aquella acción que no busca ejercer realmente un derecho, sino que pretende «impedir, restringir o penalizar la participación pública, a menudo explotando un desequilibrio de poder entre las partes, y en los que se formulan pretensiones infundadas». Se reconocen en la definición algunos de los elementos que pueden corresponder con el abuso del derecho del art. 7.2 CC, especialmente la voluntad del sujeto que va más allá del mero ejercicio de un derecho.

Ahora bien, puesto que se trata de un concepto ambiguo o indeterminado, la Directiva facilita algunas pautas para poder considerar que concurre un supuesto de acción judicial abusiva. Incluye lo que denomina indicios a modo de ejemplo, no concurrentes, y que constituyen precisamente eso, indicios que debe valorar el juez a lo largo del recorrido procesal. El primero consiste en apreciar el carácter desproporcionado, excesivo o irrazonable de la demanda o parte de ella, incluyendo la cuantía excesiva del litigio. No hay que olvidar que son litigios en los que mayoritariamente el objeto de la pretensión es la condena a una indemnización por afectación del derecho al honor o a la intimidad personal o familiar. No se descarta que se soliciten por esta vía cuantiosas indemnizaciones a las que el demandado no va a poder hacer frente.

El segundo indicio, que no lo es tanto, es la existencia de múltiples procesos iniciados por el demandante o partes asociadas sobre asuntos similares. El juez tendrá que identificar varios procesos como similares, con el riesgo que eso conlleva, así como comprobar un comportamiento reiterativo del demandante en el uso de la justicia. El afán del legislador europeo por objetivar la estrategia del actor lleva a extender la valoración más allá del proceso principal, trayendo circunstancias externas a un proceso que se pretende considerar abusivo.

Quizá la circunstancia más evidente de la voluntad torticera del demandante es la constatación de intimidación, acoso o amenazas vertidas antes o durante el proceso. Pero no sólo se circunscribe al entorno del proceso, sino que se puede detectar en otros asuntos similares o concurrentes. El ámbito temporal y espacial es muy difuso en la Directiva, de modo tal que pueden traerse a colación comportamientos intimidatorios de muy diverso tipo. No cabe duda de que debe realizarse una interpretación restrictiva de este indicio, a riesgo de conculcar el derecho a la tutela judicial. El juez ha de valorar y motivar fundadamente qué tipo de comportamientos considera intimidación, acoso o amenazas. Además, no es inusual que éstos sean considerados a efectos de responsabilidad penal, por lo que nos encontramos probablemente ante una cuestión prejudicial penal en el proceso civil.

Por último, el legislador europeo hace alusión al uso de tácticas procesales con mala fe. Sólo en este momento explicita un deber de comportamiento según criterios de buena fe procesal, aunque la formulación se hace en negativo, es decir, sancionando la mala fe procesal¹⁵. Como fijar una noción en abstracto resulta prácticamente imposible, nuevamente se dan algunos ejemplos de lo que puede constituir un comportamiento inspirado en la mala fe. Se señala la prolongación del proceso, se entiende que de manera innecesaria y a los meros fines de causar perjuicio en la otra parte, la búsqueda fraudulenta o abusiva de un foro de conveniencia, o el archivo de asuntos en fase posterior con mala fe. Respecto de la elección de un foro de conveniencia, el tema no es baladí, teniendo en cuenta que la Directiva se refiere a conflictos transnacionales, por lo que la elección de un fuero puede perjudicar notablemente la defensa del demandado. Probablemente el objetivo sea limitar o establecer fueros exclusivos en el ámbito material en que nos movemos, con lo que la elección desaparecerá.

En cuanto al archivo de asuntos en fase avanzada con intencionalidad de perjudicar, debe entenderse que el acto de disposición del demandante a que se refiere el art. 4.3 d) es el desistimiento en un estado avanzado. La decisión, sin perjuicio de que es una facultad de todo actor en el proceso civil, en la actualidad no tiene como consecuencia la condena en costas, salvo que se trate de un desistimiento no consentido por el demandado. En el caso de la Directiva, la concurrencia de mala fe provoca la necesidad de apreciar la calificación de demanda abusiva, con todos los efectos que se detallan a lo largo de la norma. Las actuaciones o decisiones del demandante que pueden ser interpretadas como comportamientos maliciosos pueden coincidir o no con los ejemplos que establece el precepto. Ahora bien, nada obsta para que el juez identifique tácticas procesales presididas por la mala fe en otras actuaciones. Corresponde siempre motivar fundadamente las razones que le llevan a considerar que la demanda es abusiva.

Lejos de establecer una noción concreta de buena fe o de abuso de derecho, la Directiva hace un intento por señalar conductas concretas que hacen presumir que el demandante, y sólo el demandante, conculca los postulados propios del actuar con probidad y lealtad¹⁶.

15. Tal y como propugna MONTERO AROCA, Juan, «El proceso civil llamado «social» como instrumento de «justicia» autoritaria», cit., p. 163.

16. Precisamente, PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pp. 146-206, realiza un excelente ejercicio de sistematización de la casuística en todos los órdenes jurisdiccionales, identificando las actuaciones que pueden interpretarse como contrarias a la buena fe. Lógicamente, el legislador no podría regular cada una de las situaciones, por lo que debemos conformarnos con la aproximación que efectúa la Directiva.

2.3. Medidas procesales sancionadoras en la Directiva

La Directiva 2024/1069 busca adaptar ciertas instituciones procesales para que sirvan de sanción y tengan efectos disuasorios a quien pretenda plantear una demanda estratégica. Las medidas procesales se consideran garantías procesales puesto que su objetivo es proteger al demandado del «ataque» desmedido del actor¹⁷. El ejercicio de la acción se presume dañoso por lo que la mayoría de las medidas o garantías están dirigidas a atenuar el desequilibrio procesal y el patrimonial. Las medidas del art. 6 consisten en la constitución de una caución, la posibilidad de desestimación temprana de las pretensiones manifiestamente infundadas, y la adopción de otro tipo de medidas correctivas, entre las que destaca la condena en costas, o la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Alguna de estas figuras ya se prevén en nuestro ordenamiento con carácter general, aunque puede ser una buena oportunidad de depurar algunos de los problemas que la doctrina viene señalando.

En principio, son medidas que puede solicitar el demandado, si bien tanto la desestimación temprana como las medidas correctivas pueden ser acordadas de oficio por el órgano jurisdiccional. En consecuencia, la caución sólo puede ser acordada a instancia del demandado, que, como veremos, puede generar algunas disfunciones con el sistema.

En primer lugar, el art. 10 prevé la posibilidad de exigir una caución al demandante para hacer frente a los costes del procedimiento, los de representación legal del demandado, así como los daños y perjuicios que cause el proceso abusivo. La misma está en consonancia con otras situaciones en las que la caución se constituye en requisito de procedibilidad o presupuesto para la adopción de diligencias preliminares, medidas de acceso a fuentes de prueba, o medidas cautelares. También es asimilable a la fianza para la presentación de querella por parte del actor popular¹⁸. Lo determinante en la caución o fianza es que sirve de garantía para hacer frente a la indemnización por los daños y perjuicios que cause el proceso al demandado. Obedece a una de las medidas

17. Puede resultar paradójico que la limitación o la sanción al ejercicio de la tutela judicial sea calificado como garantía procesal. Como señala CACHÓN, la idea de buena fe, y en consecuencia, la imposición de sanciones o multas a su contravención es contrario a un sistema procesal garantista. CACHÓN CADENAS, Manuel, «La buena fe en el proceso civil», cit., p. 17. Todos los parámetros que dan lugar a ellos son imprecisos, lo que es motivo de crítica por el peligro que supone para el sistema.

18. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, con Moreno Catena, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, 10^a ed., Tirant lo Blanch, 2021, p. 213; BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, «Carencias en el régimen jurídico procesal de la responsabilidad por daños y perjuicios provocados por las medidas cautelares», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, dirs. Herrero Perezagua, Juan y López Sánchez, Javier, ed. Atelier, Barcelona, 2020, p. 230; GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, «Requisitos para la adopción de las diligencias preliminares», en *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, dir. García Marrero, Javier, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 723.

correctivas que puede adoptar el juez, incluso de oficio, previstas en el art. 15 de la Directiva, como es la indemnización por daños y perjuicios.

Sobre la cuantía de la caución, los criterios para su adopción, la posible contradicción al respecto, serán los Estados los que regulen cada uno de los puntos, a riesgo de indeterminación.

Pero la novedad más relevante es la posibilidad de que el juez pueda desestimar en los momentos iniciales la demanda, para lo cual debe realizar un examen adecuado de las pretensiones y valorar indicariamente si son manifiestamente infundadas. Con ello se lograría dar por finalizado un proceso que sólo busca el perjuicio y el daño de diverso tipo para el demandado. Y, sobre todo, es un elemento disuasorio para aquellos que usen el proceso a los meros fines espurios. Como veremos, nuestro ordenamiento cuenta con una potestad similar, si bien cabe resaltar el carácter material que tiene la desestimación temprana de las pretensiones manifiestamente infundadas del art. 11 de la Directiva.

En efecto, el art. 11.2 LOPJ y el art. 247.2 LEC prevén que los tribunales rechacen fundadamente peticiones, incidentes y excepciones (no mencionadas en la LEC) que hayan sido formuladas con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. El análisis de este apartado ha sido muy debatido, y la razón estriba en el hecho de que se trata también de conceptos jurídicos indeterminados. Señala Cachón Cadenas que la consecuencia al manifiesto abuso de derecho o fraude es el rechazo fundado, rechazo que puede o, incluso, debe ser efectuado de plano. Rechazo equivaldría a denegar, si bien no se fija exactamente un momento procesal concreto¹⁹. La casuística resultaría clara, en el sentido de esperar a la resolución final para decidir la denegación fundada, lo cual constituye una obviedad.

La Directiva pretende obtener del juez una decisión más expeditiva. El presupuesto para desestimar es la interposición de una pretensión manifiestamente infundada, para lo cual debe realizar un «examen adecuado» y detectar la falta de fundamento. Además, el objetivo es resolver cuanto antes con el fin de que no se provoquen más daños en el demandado. El margen de decisión por parte del legislador en el momento de trasponer la Directiva puede ser muy amplio. En principio, pueden servir los arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC ya que cumplirían con los objetivos mínimos. La denegación por falta de fundamento de la pretensión estaría garantizada. Ahora bien, ni el legislador nacional ni el europeo identifican un momento previo para proceder a la desestimación, ni tampoco el cauce procedural a través del cual se puede realizar un examen

19. CACHÓN CADENAS, Manuel, «La buena fe en el proceso civil», cit., p. 43.

adecuado. Tal examen puede obedecer simplemente a los escritos de demanda y contestación, por lo que se produciría un rechazo sobre la base de prueba documental o incluso pericial de parte. Pero en un sistema garantista debe imponerse el debate contradictorio, lo que equivale prácticamente a realizar un juicio sumario para determinar la viabilidad de la pretensión. Nos encontraríamos en un incidente similar al establecido para la adopción de medidas cautelares del art. 733 y siguientes de la LEC. La última posibilidad es habilitar al juez para que, incluso con el mero examen de la demanda y de la documentación que le acompaña, así como la comprobación de otros indicios señalados en el art. 4.3 de la Directiva, esté en condiciones de desestimar *ad limine* la demanda. Cualquier potestad en esta línea corre riesgo de poner en peligro los principios dispositivo y de aportación de parte que presiden nuestro ordenamiento procesal civil. Supondría un cambio en las potestades del juez civil, con mayores atribuciones y reducción de garantías para las partes.

Por lo tanto, entendemos que al menos se debe canalizar el examen del fundamento de la pretensión cumpliendo un mínimo de contradictorio, lo que permite que el demandado aporte información sobre el carácter abusivo de la demanda, los indicios adicionales del art. 4 Directiva, y una actividad probatoria básica de carácter documental. A ello hay que añadir el hecho de que en este tipo de procesos el soporte probatorio es en su mayoría el documental.

Por último, además de la posibilidad de exigir caución y posibilitar la desestimación temprana de las pretensiones manifiestamente infundadas, la Directiva recoge una serie de medidas correctivas de carácter pecuniario. Así prevé la condena en costas y otras sanciones adecuadas que considera igualmente eficaces. Sobre las costas procesales, ordena a los Estados miembros a garantizar que los demandantes puedan ser condenados a cargar con todos los tipos de costas procesales, salvo que los costes de representación del demandado sean excesivos. Recordemos que una de las características de este tipo de controversias es el desequilibrio entre las partes, desequilibrio económico y social. De ahí que la idea de que el demandado va a tener que hacer frente a gastos judiciales que le suponen una merma de sus garantías procesales.

Si bien el sistema de condena en costas vigente está dentro de los parámetros señalados en la Directiva, resulta más novedoso la posibilidad de imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluso el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios, así como la publicación de la resolución judicial. Si dejamos al margen esta última medida, que puede considerarse ejemplificante, aunque poco disuasoria, la más importante es la posibilidad de condenar al pago de indemnizaciones. En este sentido, nuestro ordenamiento no prevé esta consecuencia por el ejercicio abusivo o infundado de acciones civiles. Lo más próximo es la indemnización en caso de daños provocados por la

adopción de medidas cautelares, diligencias preliminares, y otras instituciones procesales. La trasposición de la Directiva deberá dejar fijar con detalle las causas de la indemnización, así como el procedimiento por el que se puede solicitar o conceder el resarcimiento. Aunque lo que más repercusión tiene en el modelo de proceso civil es la necesidad o no de que el demandado pida una indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la demanda abusiva. La Directiva no deja claro si rige el principio dispositivo o la decisión se traslada al juez, sobre todo si vemos el art. 6.2 según el cual, se puede disponer que las medidas correctivas, entre las que se encuentra la indemnización, puedan ser acordadas de oficio. En este sentido, se aprecia una vertiente pública en la que el demandado no tiene poder de disposición absolutamente. Es lo que Montero Aroca califica como «publicización del proceso civil», desarrollado a lo largo del siglo XX y como contrapartida a un proceso civil eminentemente garantista en el que los poderes del juez son limitados. No obstante, señala este autor los matices que hay que considerar al respecto y, sobre todo, lo extremo que resulta considerar el proceso «social» como un instrumento de la justicia²⁰.

Los riesgos de permitir la imposición de una indemnización de oficio son evidentes, por lo que hay que abogar por un sistema en el que, al menos el demandado, tenga el poder de decidir si reclama o no, y la fijación de la cuantía pedida, ya que es el único en condiciones de valorar los daños y perjuicios. A ello se suma el hecho de que el destino de la indemnización es el propio demandado, si bien dejamos la puerta abierta a considerar damnificada a la propia Administración de Justicia, en cuyo caso la naturaleza de la indemnización es propia de las multas procesales²¹.

En relación con las sanciones procesales, no parece que se introduzca mayor novedad que la establecida en el art. 247.3 LEC, en el que las consecuencias de la infracción de las reglas de la buena fe son la imposición de una multa. Para su determinación se deben tener en cuenta los perjuicios que tanto al proceso como a la otra parte se han producido. Esto nos lleva a valorar la naturaleza mixta de dicha sanción, entre sancionadora y resarcitoria. Lo conveniente será identificar cada una de las partidas económicas que pueden ser objeto de condena, y posteriormente el destinatario de las cantidades. De esta forma, se

20. MONTERO AROCA, Juan, «El proceso civil llamado «social» como instrumento de «justicia» autoritaria», cit., p. 148.

21. ARMENTA DEU, Teresa, «Medidas coercitivas dirigidas a tutelar el desarrollo adecuado del proceso y a colaborar con la Justicia. Una aproximación comparada», cit., p. 309, señala la existencia de dos líneas interpretativas en relación con el beneficiario de las multas, que identifican bien al Estado o bien al perjudicado como beneficiarios de la multa. Esto afecta directamente a la cuantificación de la sanción.

pueden cumplir los postulados sobre el principio de legalidad sancionador y las bases que dan lugar a cada una de las cuantificaciones²².

3. Estatuto general de la abogacía, normas deontológicas, Ley Orgánica del Derecho de Defensa, y buena fe

La proclamación del principio de buena fe procesal en la LEC exige a los intervinientes un comportamiento leal y honesto. Por ello, están vinculados tanto los litigantes como los profesionales que actúan como defensores o representantes procesales. Más genérico aún es el art. 11 LOPJ al formular la regla de manera impersonal cuando se dice que «en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe». Lo que resulta lógico es que la mayoría de las decisiones que se toman en el proceso vienen precedidas del asesoramiento del abogado. Por supuesto, hay decisiones estrictamente técnicas y otras de tipo estratégico. En estas últimas es donde reside gran parte de la marcha que va a seguir y en donde se pueden identificar comportamientos contrarios a la mala fe. Si la parte es lega en Derecho, muchas cuestiones técnicas procesales son manifestación de la estrategia que va a llevar el abogado. Ahora bien, la primera decisión relativa al ejercicio de la acción se adopta por la parte, con el asesoramiento legal del letrado. Por lo tanto, el binomio parte y abogado ha determinado que el art. 247.4 LEC contemple la posibilidad de responsabilizar al profesional del comportamiento contrario a la buena fe. En este caso, además de la multa, se prevé la notificación al Colegio profesional correspondiente a los efectos de responsabilidad disciplinaria.

En este punto, la normativa reguladora de la actividad de abogados y procuradores ha evolucionado notablemente en los últimos años. Específicamente para abogados, además del Estatuto General de la Abogacía, se vienen implantando normas deontológicas bajo la forma de Códigos de conducta que sólo tienen fuerza vinculante a nivel disciplinario y colegial²³. Su repercusión en el proceso y en la tutela judicial es relativa. Esta situación es dinámica, y en la actualidad está en marcha una ley reclamada por casi todos los sectores del mundo jurídico. Contamos con la Ley Orgánica del Derecho de Defensa (LODD), como disposición de desarrollo de un derecho fundamental al que está indisolublemente unido el derecho de defensa.

El Estatuto General de la Abogacía de España de 2021 incorpora la referencia a la buena fe en el art. 55 al referirse al deber general de cooperación de los

22. PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, cit., p. 332.

23. Primero fue el Código Deontológico de la Abogacía de 2002, sucesivamente reformado.

profesionales de la abogacía con la Administración de justicia. Se impone una conducta sujeta a la «buena fe, prudencia y lealtad»²⁴. No obstante, y a la vista de la ambigüedad de la noción, parece que dista de ser una referencia explícita a la buena fe procesal, que sería aquella que está relacionada con el ejercicio de pretensiones. No hay que olvidar que es un concepto que tradicionalmente estaba referenciado a la relación del abogado con su cliente.

El reforzamiento de la buena fe se confirma con lo previsto en el Código Deontológico de la Abogacía de 2019, que en su art. 3.4 prohíbe el uso de medios ilícitos y el fraude como forma de eludir las leyes. En el apartado 5 considera que las libertades de defensa y expresión deben ejercerse conforme al principio de buena fe y a las normas de la correcta práctica profesional. Igualmente, en el art. 10, entre las obligaciones de los abogados para con los órganos judiciales está el actuar con buena fe, lealtad y respeto. Como vemos, el comportamiento del profesional bajo el criterio de la buena fe se proclama con carácter general, pero sobre todo en las relaciones profesionales con clientes y tribunales, sin que haya una referencia específica a la buena fe procesal del art. 247 LEC²⁵.

La situación puede concretarse más en la reciente LODD. Representa una de las demandas del colectivo de abogados en aras del desarrollo del derecho de defensa. Al margen de las consideraciones sobre conveniencia de la norma con un rango legal máximo, así como el tiempo que se ha tardado en impulsar, constituye la vía de regular un derecho fundamental, y no tanto la profesión o función de la abogacía²⁶. La finalidad es crear una norma garantista respecto del derecho de defensa, centrándose en su titular, con visión integral.

Como señalamos, el LODD completa el marco normativo que afecta a la buena fe procesal. Más concretamente este texto sí que lo refiere expresamente como

24. El derogado Estatuto de la Abogacía de 2001 decía en el art. 36 que «son obligaciones del abogado para con los órganos jurisdiccionales la probidad, lealtad y veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones, y el respeto en cuanto a la forma de su intervención». Se evitaba la referencia a la buena fe, si bien estaba más acorde con postulados propios de la deontología profesional. En realidad, este principio se refería más a las relaciones con el cliente, de tal forma que se garantizara la defensa de los intereses del justiciable.

25. SÁNCHEZ DE PEDRO, M.C., «Deontología, motor del derecho de defensa», *SPCS Documento de trabajo 2016/7. https://www.uclm.es/-/media/Files/C01-Centros/cu-csociales/doc_web_CCSScu/DOC-CURSO-2019-20/Doc-Seminario-permanente-de-Ciencias-Sociales/7-Sánchez--2016.ashx?la=es* (última visita 11.9.2024)

26. Así viene señalado en el Preámbulo de la LODD, en el que se da cuenta de la dimensión del derecho de defensa a nivel internacional, pero también de su importancia en las diferentes leyes procesales, así como otro tipo de cuestiones de índole económico. Como señala, «la ley orgánica recoge materias propias de ley orgánica y otras de ley ordinaria. Se entiende que la regulación conjunta del derecho de defensa y de la profesión que lo garantiza viene demandada por la naturaleza inescindible de ambas cuestiones, sin que, en este caso, se estime adecuado deslindar su tratamiento jurídico en dos normas legales diferentes».

uno de los criterios de actuación de los profesionales de la abogacía. Así, el art. 19.1 señala que los profesionales se sujetan a la Constitución Española y a las leyes, «con la buena fe procesal y con el cumplimiento de los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo». Además de las leyes procesales, también vamos a encontrar la referencia al deber de actuar con buena fe procesal en este texto. Cabe puntualizar también que este art. 19 tiene el carácter de ley ordinaria, ya que se entiende que no afecta directamente a los derechos fundamentales. El matiz es claro y se mantiene en los mismos términos de rango normativo que la LEC.

Lo relevante lo constituye las repercusiones del incumplimiento del precepto. En principio habrá que estar a lo previsto en el art. 247 LEC, según el cual, el comportamiento contrario a la buena fe procesal lleva aparejada la imposición de sanciones o multas procesales. Por el contrario, la infracción del art. 19 del LODD no señala nada al respecto, por lo que cabe acudir a la propia LEC y en todo caso, a las normas deontológicas a efectos de responsabilidad disciplinaria.

4. Bibliografía

- ARIZA COLMENAREJO, M^a Jesús, *Las costas en el proceso penal*, ed. Comares, Granada, 1998.
- ARMENTA DEU, Teresa, «Medidas coercitivas dirigidas a tutelar el desarrollo adecuado del proceso y a colaborar con la Justicia. Una aproximación comparada», *Derecho y Proceso. Liber amicorum Francisco Ramos Méndez*, vol. I, ed. Atelier, Barcelona, 2018.
- BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, «Carencias en el régimen jurídico procesal de la responsabilidad por daños y perjuicios provocados por las medidas cautelares», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, dirs. Herrero Perezagua, Juan y López Sánchez, Javier, ed. Atelier, Barcelona, 2020.
- CACHÓN CADENAS, Manuel, «La buena fe en el proceso civil», *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 1-2, 2005.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, con Moreno Catena, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, 10^a ed., Tirant lo Blanch, 2021.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, «Requisitos para la adopción de las diligencias preliminares», en *Medidas cautelares y diligencias preliminares en el ámbito civil*, dir. García Marrero, Javier, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan, *La condena en costas. Procesos declarativos civiles*, ed. JMB, Barcelona, 1994.
- MONTERO AROCA, Juan, «El proceso civil llamado «social» como instrumento de «justicia» autoritaria», en *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sen-*

tencia, dos cartas y quince ensayos, coord. Montero Aroca, Juan, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, ed. JMB, Barcelona, 2013.

SÁNCHEZ DE PEDRO, M.C., «Deontología, motor del derecho de defensa», *SPCS Documento de trabajo 2016/7*. https://www.uclm.es/-/media/Files/C01-Centros/cu-csociales/doc_web_CCSScu/DOC-CURSO-2019-20/Doc-Seminario-permanente-de-Ciencias-Sociales/7-Sánchez--2016.ashx?la=es (última visita 11.9.2024).

VI | Amor, empatía y otras cuestiones convenientes para litigar¹

José Bonet Navarro²
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CREACIÓN O APROVECHAMIENTO DE VENTAJA. 2. 1. SITUARSE EN POSICIÓN DE VENTAJA CUANDO SEA POSIBLE. 2.2. LA PREVISIÓN DE CONDICIONES PARA APROVECHAR PROCEDIMIENTOS PRIVILEGIADOS. 2.3. VENTAJAS A TRAVÉS DE LA PRUEBA. 3. EL CÁLCULO SOBRE LAS EXPECTATIVAS DE ÉXITO EN EL FUTURO LITIGIO. 4. CÁLCULO DE COSTES EN LAS EVENTUALES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO. 5. VALORACIÓN DE LAS DIVERSAS OPCIONES DE SOLUCIÓN. 6. EL ESFUERZO Y LA EXPERIENCIA COMO ELEMENTOS RELEVANTES. 7. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DESFAVORABLE PARA DECIDIR SI CONVIENE O NO RECURRIR. 8. A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE EL AMOR Y LA EMPATÍA COMO VERDADERAS CLAVES BÁSICAS EN EL LITIGIO.

1. Introducción

Cuando el día 7 de febrero de 2024 recibí el correo electrónico de María Carmen Navarro Villanueva en el que informaba de la celebración de una Jornada en homenaje a la jubilación del profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas, así como de la invitación a participar en un libro homenaje que editarán la editorial Atelier, a pesar de que me será imposible participar en dicha Jornada por encontrarme en el extranjero, me tomé como deber ineludible participar de la única forma que me era posible, esto es, con una contribución en su libro ho-

1. El presente trabajo se enmarca en el contexto del proyecto «Instrumentos para la justicia civil ante los litigios masa, en especial, acciones de representación y régimen del proceso-testigo», I+D+i PID2021-122569OB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y por «FEDER Una manera de hacer Europa», duración 3 años, IP Alicia Armengot Vilaplana. Igualmente, se enmarca en el proyecto» Transición digital de la Justicia» (IP Sonia Calaza), Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea: Next Generation UE, con REF. RED 2021-130078B-100, con una financiación de 71.300 euros.

2. En homenaje a uno de los mejores procesalistas de finales del siglo XX y principios del XI, con todos mis respetos por su valor intelectual y personal.

menaje. Esto obedecía, en primer lugar, a que conocí personalmente al Prof. Cachón cuando integró la comisión evaluadora de mi tesis doctoral allá por el año 1997, en cuyo acto aportó reflexiones e indicaciones profundas y de gran interés que me dejaron impresionado y que marcaron desde entonces una más que cordial relación. Pero no es solo por esto, sino sobre todo por el enorme respeto que le profeso por su calidad científica y humana, en relación directamente proporcional a esa enorme y especial humildad propia de los grandes maestros.

Por esto presento ahora unas reflexiones sobre el amor y la empatía como claves en la litigación, tema sobre el que, no obstante haberme pronunciado ya en diversos foros, considero que puede ser adecuado en un trabajo cuyo objetivo primordial es sobre todo mostrar el respeto personal y profesional hacia quien, para mí —y a quien se lo he comentado antes— puede dar testimonio de que lo he manifestado en varias ocasiones— es uno de los más grandes procesalistas de finales del siglo xx y comienzos del xxi.

Entrando algo más en el fondo del tema de mi aportación, como sabe todo aquel que se ocupa de litigación, esta actividad se asienta sobre dos pilares principales: de un lado, una profunda formación de base que ha de actualizarse constantemente y que se maciza con una concienzuda preparación de cada uno de los casos; y, de otro, una experiencia lo más dilatada posible en la que se hayan venido concretando las bases teóricas, al menos desde el punto de vista de las partes en los distintos procesos civiles, principalmente para lograr fijar los hechos que convienen a su pretensión, se apliquen sobre los mismos el derecho debidamente interpretado y, por último, puedan obtenerse las consecuencias pretendidas.

En toda litigación, y desde luego en la civil, se presenta como necesario o, al menos, muy conveniente, tomar correctamente determinadas decisiones estratégicas relevantes. La misma decisión inicial de litigar, no necesaria en la posición activa como consecuencia del principio dispositivo que rige en este tipo de procesos, traerá aparejadas importantes consecuencias tanto personales como económicas. Por tal motivo, previamente convendrá evaluar aspectos claves como, entre otros, las posiciones de ventaja que puedan mantenerse o lograrse en previsión de litigios; la evaluación de la fortaleza de la pretensión que ayude a tomar correctamente decisiones estratégicas en el litigio, como optar por la vía judicial o por las diversas alternativas con las que se cuenta para la solución del conflicto, y, en este último caso, conocer el margen de concesión que nos podemos permitir; también prever los efectos económicos que deriven de todo ello; los riesgos de ineffectividad de la tutela; los mecanismos con los que se cuenta para soslayarlo; la viabilidad de la pretensión, tanto en su aspecto fáctico como jurídico, previendo las posibilidades de fijar los hechos que

favorezcan a cada una de las partes; y hasta considerar estrategias, aptitudes y actitudes para favorecer el éxito del litigio. Todos estos aspectos son elementos necesarios en la litigación que derivan o son consecuencia muchos ellos de algo aparentemente no relacionado como es el amor y la empatía.

2. La creación o aprovechamiento de ventaja

La expectativa de un inminente litigio civil aconseja valorar la posibilidad de crear o de situarse en posiciones estratégicas de ventaja. Ante la perspectiva de un futuro proceso puede intentarse obtener o mantener dicha ventaja, como situarse en una posición procesal pasiva (principalmente en el proceso civil), instrumentalizar procedimientos privilegiados o más favorables que los ordinarios, poder contar con mayor facilidad probatoria y hasta incluso lograr un estado, como la insolvencia, que a la postre impida la efectividad de la resolución eventualmente desfavorable. En ocasiones, el ordenamiento jurídico reacciona para evitar los efectos de ventaja derivados (considerando que se litiga con mala fe, limitando o adecuando la rigurosidad de las normas sobre carga de la prueba, o estableciendo medidas que eviten la posible inefectividad de la resolución). En todo caso, resulta conveniente prever el futuro litigio y, ante su eventualidad, intentar mantener o crear posiciones de ventaja que no serán garantía de éxito de la futura pretensión, pero de algún modo puedan facilitarlo.

2.1. Situarse en posición de ventaja cuando sea posible

La ventaja puede logarse manteniéndose o situándose en la posición pasiva que en general ofrece facilidades pues los esfuerzos para pedir son superiores a los necesarios para defenderse o resistirse. Piénsese que, si el demandante —o acusador—, no se persona en el proceso, sea de naturaleza civil o penal, en modo alguno podrá obtener un resultado favorable. En cambio, si la incomparación es del demandado —o acusado, al menos en ciertos delitos con pena escasa—, podría obtener una resolución a su favor sin necesariamente comprender dado que no se requiere probar los hechos defensivos para vencer en los casos en que no se acreditan los hechos constitutivos —o los que se sustentan la acusación—.

En el proceso penal es clara la ventaja procesal de quien se sitúa en la posición pasiva, sin perjuicio de que, desde otros puntos de vista, puedan producirse afecciones severas de derechos fundamentales como la libertad. La ventaja deriva del derecho a la presunción de inocencia, que requiere la concurrencia de prueba de cargo sobre la culpabilidad para que se dicte correctamente una sentencia condenatoria, lo que supone un mayor esfuerzo probatorio para la

parte acusadora. Y lo mismo ocurre en el proceso administrativo, donde la administración pública casualmente siempre se sitúa en la posición pasiva, y, por tanto, de ventaja. El art. 106.1 de la Constitución española confirma la técnica del acto administrativo previo ulteriormente controlado, en cuanto a su conformidad a Derecho, por los órganos jurisdiccionales. Además, con carácter general, la misma autotutela administrativa, justificada en que gestiona los intereses generales como propios, impone la carga de impugnación por el administrado. Siendo así, para hacer viable dicha gestión por la administración ha de poder imponer imperativa y ejecutivamente las consecuencias previstas por la norma que protege dichos intereses, de modo que al administrado que no la acepte corresponde la carga de impugnar y probar los hechos constitutivos como condición *sine qua non* para que se estime su pretensión, cuando la Administración podría vencer a pesar de no desarrollar actividad procesal alguna.

En el proceso civil, y con ciertos matices también en el laboral, una vez más la posición pasiva se presenta favorable. La falta de personación del actor impide en todo caso una sentencia de condena. Sin embargo, la declaración de rebeldía no excluye directa ni necesariamente la absolución. De entrada, corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenCIÓN, con independencia de la actitud del demandado (art. 217.2 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)). El tribunal desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente cuando no se haya practicado prueba o fuera la misma insuficiente. A su vez, la rebeldía del demandado no implica como regla general el allanamiento tácito, ni necesariamente la tácita admisión de hechos (art. 496.2 LEC). Eso no excluye que, como excepción, pueda establecerse legalmente lo contrario (arts. 440.2 y 3.II, así como arts. 602 y 618 todos LEC). Y del mismo modo solo excepcional, el silencio o las respuestas evasivas por parte del demandado respecto de los hechos aducidos por el actor pueda ser considerado por el Tribunal como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales (art. 405.2 LEC). Pero las anteriores excepciones no impiden afirmar la ventaja del demandado pues, al contrario de los efectos que se atribuyen a la incomparecencia del actor, la rebeldía del demandado no impide necesariamente una sentencia para él favorable.

Así, pues, con intensidad variable, frente a un determinado litigio, resultará altamente conveniente lograr situarse en una posición pasiva fruto de la actitud que se mantenga y que logre provocar al enfrentado a demandar. Entre otros muchos ejemplos pueden citarse los siguientes: al comunicar una resolución unilateral de contrato, inscribir un determinado título para obligar a contradecir y probar, no solo el título sino la falsedad de los titulares inscritos (resultando además amparado por el art. 34 de la Ley Hipotecaria como tercero

adquirente del titular inscrito); al registrar la marca por el administrador de la sociedad o por quien mantiene con el verdadero titular una relación contractual de distribución de los productos marcados con el signo que es registrado por el distribuidor; al adoptar vías de hecho que impidan al concesionario su actividad comercial, por ejemplo, al suspender suministros, desconectar el sistema informático y la disponibilidad de otro concesionario en la zona; al mantener la posesión material de los bienes litigiosos por el arrendatario, obligando a los arrendadores a litigar mientras el arrendatario sigue explotando el bien a pesar de conocer la falta de voluntad en la prórroga del arrendamiento; o al incumplir el total de la obligación basándose en un incumplimiento parcial de la contraria.

2.2. La previsión de condiciones para aprovechar procedimientos privilegiados

También podría lograrse ventaja previendo y logrando las condiciones necesarias para aprovechar, desde la misma posición activa, procedimientos privilegiados o, al menos, con ciertas ventajas en comparación con los comunes. Sería el caso, entre otros, del desahucio por falta de pago, o el procedimiento hipotecario. Así, por ejemplo, para sortear los efectos propios de la prórroga forzosa en determinados contratos de arrendamiento, el arrendador podría mantener actitudes reticentes a recibir la renta para intentar provocar la resolución del arrendamiento por falta de pago y aprovechar así el procedimiento monitorio por desahucio, claramente más ventajoso que un proceso común.

2.3. Ventajas a través de la prueba

Ante la previsión de un futuro proceso, al margen de la valoración ética de estas actitudes, podría intentarse no hacer fácil, accesible o disponible para la parte eventualmente enfrentada el material probatorio necesario para la acreditación. Sería el caso, entre muchos otros, de la ocultación en registros públicos de la identidad, o hacer inaccesibles documentos económicos de los cónyuges en previsión de una crisis matrimonial. Para paliar estas situaciones, sea casual o forzada, el art. 217.7 LEC establece que, para la aplicación de las normas sobre carga de la prueba, «*el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*». Y, como aplicación específica de este principio, las reglas especiales para la distribución de la carga de la prueba para determinadas materias (competencia desleal y publicidad ilícita; actuaciones discriminatorias por razón de sexo; o por remisión a otras normas como, entre otras, los arts. 33, 686.II, 850,

1183, 1584, 1750, y 1769 CC; art. 18.2 LC; 58 LM; art. 22.1.II LFE; 1.1 TRLR-CySCVM; o art. 38.2 LCS).

3. El cálculo sobre las expectativas de éxito en el futuro litigio

Ante un conflicto, será más que conveniente realizar una rigurosa evaluación de las posibilidades reales de éxito con la que cuenta nuestra pretensión en la vía judicial, lo que nos permitirá tomar fundamentales decisiones estratégicas de modo más correcto.

Sin duda cualquier previsión resultará no totalmente exacta al depender de múltiples factores en ocasiones difícilmente evaluables o imprevisibles. Entre muchos otros, pueden citarse los criterios en el juzgado que corresponda conocer al resultar competente y al que se reparta el asunto; la personalidad o estado anímico del juzgador a la hora de valorar el material probatorio o aplicar las normas; ciertos criterios interpretativos que pueden ser más o menos variables o desconocidos; o incluso el resultado real de la actividad probatoria, por ejemplo, en atención a la actitud que, a la hora de la verdad, puedan adoptar los testigos en un interrogatorio.

No obstante, ante la perspectiva de un concreto conflicto, resulta fundamental valorar de un modo lo más riguroso y completo posible las expectativas reales de éxito. En su aspecto fáctico, se atenderá a las posibilidades reales de fijación de los hechos constitutivos de su pretensión, tanto porque eventualmente puedan ser reconocidos por la contraparte como, sobre todo, en atención al material probatorio que pueda adquirirse en el supuesto concreto. Igualmente, se intentará prever las posibilidades de que la contraparte cuente y pueda probar hechos defensivos. De otro lado, en su aspecto jurídico, el prejuicio consistirá en el análisis de las normas que sean o puedan ser aplicables, su interpretación correcta y, mejor todavía, los criterios del concreto juzgador.

Con todo esto, y aunque sea siempre de modo aproximativo, podrá alcanzarse una idea cabal de las posibilidades de éxito de la pretensión en el caso de que deba acudirse a la vía judicial. Y con esto se contará con un elemento fundamental a la hora de tomar decisiones fundamentales, como decidir acudir a la vía judicial o, en caso contrario, establecer el margen negociador o el ámbito de posible «sacrificio» o «concesión» con que cuenta en las posibles vías extrajurisdiccionales.

4. Cálculo de costes en las eventuales alternativas de solución del conflicto

Fundamental para tomar decisiones estratégicas de litigación es tener una idea lo más cabal posible del coste de las diversas opciones previstas para la solución del conflicto, empezando por el de la vía judicial.

No es difícil imaginar el coste de la justicia si observamos la planta judicial, con los inmuebles y elementos materiales que la integra, así como el número de personas que participan, sean titulares de potestad jurisdiccional como personal auxiliar y colaborador de la administración de justicia. El gasto público para sostener tan importante estructura es importante para el Estado (o, en su caso, entidades territoriales inferiores). Si a esto añadimos que, entre algunas otras cosas, será necesaria la asistencia de diversos profesionales, y sobre todo de los abogados, no ha resultar extraño que quienes acudan a Tribunales deban soportar dispendios económicos importantes.

Los desembolsos económicos que deben realizar las partes con ocasión del proceso son conocidos como gastos procesales (en ese sentido el tenor literal del art. 241.1.II LEC). Y de todos estos gastos, solo en parte podrán ser eventualmente recuperados por la parte en caso de resultar beneficiario de la condena en costas. Las partidas que integran las costas están tasadas, y, además, incluso en el caso de encontrarse en la enumeración de los conceptos recuperables, como es el caso de los honorarios de la defensa y la representación técnica cuando sea preceptiva, únicamente podrá recuperarse en una proporción que se entienda suficiente (según unas tablas pre establecidas de honorarios orientativos), sin que deba coincidir necesariamente con el importe de los honorarios que cobre el abogado dentro de su libertad de fijación.

Junto al coste personal y económico que deriva del tiempo de duración del proceso, siendo preceptiva la intervención de profesionales, abogado, en su caso, procurador, fedatario, perito o cualquier otra persona que intervenga, ha de conocerse el alcance de sus honorarios, remuneración o indemnización. También ha de considerarse, en caso de existir, el importe de la tasa o el impuesto por el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Y lo mismo cabe decir, en general, de cualquier otro importe que deba satisfacerse, como necesidad de insertar anuncios o edictos, depósitos para la presentación de recursos, importes de copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos, que no sean gratuitos, o también la posible imposición de multas por conculcar las normas de la buena fe procesal. Todo ello en la proporción que corresponde a la parte, siendo que, en principio, cada una pagará los gastos causados a su instancia, y los comunes por mitad, a medida que se vayan

producido, sin perjuicio de la excepción que pueda derivar si le corresponde derecho de justicia gratuita.

Estos gastos podrán ser recuperados solo parcialmente por la parte favorecida por la condena en costas. A estos efectos, el litigante podrá tomar decisiones (como la de allanarse en el momento oportuno), que favorezcan no verse perjudicado por ellas, o formular las pretensiones de tal forma (como presentar acumulación eventual), que le permitan favorecerse por las mismas.

De otro lado, para la reclamación de los honorarios y derechos de abogado y procurador, que son los gastos más comunes y por lo general elevados, pueden establecerse procedimientos privilegiados para su reclamación expeditiva (en el caso español, se configuran como modalidades especiales del procedimiento monitorio.)

En el arbitraje, salvo las eventuales tasas e impuestos, los gastos de base son los mismos. Junto a los de defensores y representantes que puedan intervenir, han de añadirse los honorarios y gastos de los árbitros, los correspondientes al servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y cualquier otro originado en el procedimiento arbitral (como los correspondientes a la protocolización y notificaciones).

Por lo que se refiere a la mediación, son habituales las afirmaciones de su carácter económico, aunque no se termina de matizar si lo económico es para el Estado en relación con la distribución del presupuesto, o para las partes en todos o parte de los casos. Al margen de las tan publicitarias afirmaciones que se formulan, de que pueda coyunturalmente encontrarse el «servicio» de oferta o de saldo, o de que haya algún tipo de subvención, el mediador es un profesional que merece una digna remuneración y que habrá de ser abonada bien directamente o bien a través de la institución en la que se integre. Asimismo, la mediación también originará determinados gastos específicos como los propios de la notificación o la protocolización del acuerdo. Al margen de que, en comparación con los gastos que requiere la completa tramitación de un proceso judicial pueda ser más o menos interesante, la mediación en modo alguno resultará económica en numerosas e importantes ocasiones. En efecto, así ocurrirá si, una vez iniciada, no se alcanza un acuerdo, pues en tal caso se habrá perdido tiempo y se habrán generado gastos que habrá añadir a los propios del proceso. Es más, en el caso de alcanzarse un acuerdo, la rentabilidad dependerá de las concesiones que haya supuesto el acuerdo. Así, por ejemplo, si la pretensión contaba con grandes expectativas de éxito y se ha sacrificado una parte importante de la misma en aras del acuerdo, la mediación habrá salido muy cara para quien hizo el sacrificio. En realidad, la mediación solo resultará económicamente interesante cuando se alcance un acuerdo, y las concesiones

sean menores a las expectativas de éxito de la concreta pretensión en el proceso. Eso supone que siempre convendrá a quien logre un acuerdo de mediación cuando la jurisdicción no lo hubiera obtenido por razones fácticas o jurídicas, esto es, en otros términos, la mediación resulta económica a quien logra un acuerdo con escasas concesiones o a todo aquel que no merece la estimación de la pretensión en la vía judicial.

5. Valoración de las diversas opciones de solución

Los conflictos, además de intentar evitarse, pueden ser resueltos de diversos modos. Todas y cada una de las alternativas han de ser valoradas pues de otro modo nos quedaría la incertidumbre de si realmente hemos optado por la más interesante para el concreto tema que nos ocupa.

La primera gran alternativa se plantea entre una solución extrajurisdiccional o acudir a la vía jurisdiccional. La primera está integrada por varias fórmulas, autocompositivas o heterocompositivas, sea la solución voluntaria (conciliación o mediación), o impuesta (el arbitraje).

La vía jurisdiccional, como el arbitraje, igualmente es heterocompositiva, y se instrumentará siempre a través del proceso, sin perjuicio de que las otras soluciones pueden operar a pesar de haberse iniciado el señalado proceso. En cualquier caso, la vía judicial resulta algo más exigente que las anteriores, pues para su válida instrumentalización será necesario cumplir una importante batería de presupuestos y requisitos, como entre otros muchos, los relativos a la jurisdicción y competencia, capacidad, o adecuación de procedimiento en atención a la materia o la cuantía del objeto del proceso.

En principio, las soluciones autocompositivas se presentan con ventajas. Lo ideal, aunque desgraciadamente no siempre real, sería no generar conflictos; y, en otro caso, que las partes involucradas fueran capaces de darles solución sin la intervención de un tercero. Y si se opta por esta intervención parece preferible que no imponga su solución, sino que colabore en que las partes acuerden, sea o no aportando una solución concreta que pueda ser aceptada. Por último, en el caso de que no haya más remedio que optar por una solución impuesta por el tercero, habrá de escogerse un instrumento público o privado.

El anterior esquema se presenta relativo y aproximativo porque, por ejemplo, la solución de carácter público podrá ser interesante siempre que su coste directo, como cabe esperar, sea inferior y, la calidad, como sería de prever, superior. En cualquier caso, deberían ponderarse los aspectos de coste y calidad que, en función de las circunstancias, de los momentos históricos y de los lu-

gares, pueden ser cambiantes. Lo mismo cabe decir respecto de las soluciones autocompositivas en las que participe un tercero. Se supone que en la conciliación, en la que el tercero es el órgano jurisdiccional, tendrá un coste inferior respecto de la mediación, donde participa un tercero que es un profesional que se dedica sea o no en exclusiva a la actividad de mediar. Es previsible por tanto que sea mayor el coste, pero habrían de ponderarse las mayores posibilidades que ofrece para alcanzar un acuerdo y, por tanto, una solución. Igualmente, sería necesario atender a supuestos concretos donde determinado medio alternativo podría presentarse más adecuado, incluso aunque otros aspectos, como el coste, fueran menos interesantes. Así, por ejemplo, en materias de consumo o en conflictos supranacionales, la figura del arbitraje se presenta como idónea siempre que hubiera un sometimiento por ambas partes; o en materias donde resulta relevante mantener una relación cordial y donde son habituales aspectos personales que trascienden al conflicto subsistente, serían además soluciones en las puede convenir que un mediador intervenga.

Una solución autocompositiva ofrecerá inicialmente ventajas frente a una solución heterocompositiva como es la judicial o incluso la arbitral, pero eso será así siempre que se alcance un acuerdo, y el mismo no haya implicado un sacrificio tan grande que, a pesar de todo, pueda hacer esta solución inconveniente frente a un proceso en sí mismo más costoso, pero en el que hipotéticamente podía haberse obtenido el total de la pretensión.

En fin, han de ponderarse las condiciones, ventajas e inconvenientes de las alternativas en relación con el concreto asunto de que se trate y sin subjetividades varias. Y resulta necesario insistir en reivindicar unas expectativas ponderadas de las vías alternativas a la jurisdicción, evitando espejismos ilusionantes y, todavía más, naipes argumentales y algunos cantos de sirenas. Las expectativas no son más que futuribles que, como tales, siempre se presentan con importantes dosis de incertidumbre. Y las afirmadas bondades de los medios alternativos y, en particular, de la mediación, por mucho que se estén defendiendo con particular ahínco y vehemencia argumentativa, no necesariamente han de corresponderse a toda la realidad ni, por tanto, tendrán siempre los positivos resultados que inicialmente cabría esperar, máxime si no olvidamos cosas como que la conciliación obligatoria fue en su momento desterrada del proceso civil español por su escasa utilidad práctica. En cualquier caso, resulta necesario desprenderse de ideas preconcebidas, y mantener una postura aséptica que valore no solo los pros sino también los contras para la parte en todos los sentidos, principalmente en cuanto al tiempo de respuesta y al costo, así como a la calidad y garantías.

Las soluciones amistosas sin duda ofrecen importantes ventajas para la parte, al menos en lo referente al tiempo de solución y al coste. Sin embargo, parece que los litigantes no terminan de tomarse en serio estas soluciones, quizás considerando los abogados que no será suficiente valorado su trabajo y remuneración. En la práctica, el intento de solución amistosa suele traducirse en un mero intento formal, rutinario y previo a la vía judicial, sin verdadera vocación de efectividad. Frente a esta práctica, resulta conveniente observar las ventajas y pensar que el trabajo del litigante es ayudar a dar la mejor solución al conflicto, de modo que no siempre ha de ser necesario ocupar grandes lapsos de tiempo, ni mucho escrito o audiencias, para que pueda ser debidamente valorado y remunerado. Así y todo, a pesar de las posibles bondades de la solución amistosa, no se trata de pactar a cualquier precio, con abandono de la pretensión en aras de la solución que sea, como tampoco consiste en lanzarse al pleito directamente. Un litigante ha de conjugar convenientemente su ánimo litigador y su espíritu litigante porque lanzarse al río del litigio sin intentar cruzar el puente del acuerdo es tan contraproducente como rendirse al intento de alcanzar acuerdo a cualquier precio. La efectividad inmediata, y la comodidad de no tener que preparar excesivamente el litigio, suele conducir a potenciar el lado negociador a costa del lado litigante. Y a base de abandonar paulatinamente la preparación técnica de los juicios, al resultar aparentemente innecesario dada la previsible solución amistosa fruto de la negociación, al final se llega a un estadio en el que se ha de aceptar cualquier acuerdo de solución, en perjuicio de unas expectativas que de otro modo serían más favorables. Esto implica que el futuro pacto no es ni debe ser excusa ni justificación para no preparar el litigio. El litigante, en definitiva, ha de mantener siempre la mano abierta para el pacto y el puño cerrado para el litigio.

Si, como se ha indicado antes, se ha realizado un correcto prejuicio de las posibilidades de éxito de la pretensión en la vía judicial, a pesar de que no se trata más que de una previsión y de que puede resultar inexacta por depender de factores diversos y no siempre fácilmente evaluables, tendremos una idea cabal del margen negociador o el ámbito de posible «sacrificio» o «concesión» con que cuenta para la solución del conflicto de modo interesante. Y si ambas partes realizan el ejercicio, la posibilidad de un pacto que ofrezca solución al conflicto, y además de manera «justa», es bastante alta. El respeto y la confianza de los profesionales jurídicos del litigio entre sí y con sus clientes todavía abonan más las posibilidades de éxito de este tipo de soluciones con grandes ventajas y escasos inconvenientes, donde el litigante tiene reales posibilidades de éxito.

Respecto del resto de formas de solución alternativa de los conflictos, no es este el momento a entrar en el detalle de la regulación y de los problemas interpretativos, de ajuste y de aplicación que en algunos casos genera. Por lo que

interesa inicialmente a todo litigante, y a diferencia de lo que se propugna por algunos sectores probablemente basados en algunos intereses y basados en razones más o menos espurias, ha de resaltarse que no conviene partir de planteamientos apriorísticos sobre la conveniencia de alguna de las posibles vías para la solución, ni siquiera las alternativas incluida la mediación, tan de moda actualmente. No existe la bondad o la conveniencia ni la maldad o inconveniencia absolutas. Todas y cada una de estas vías tienen ventajas e inconvenientes y, al margen de preferencias más o menos lógicas e intuitivas, resulta imprescindible un ejercicio de valoración de lo que ofrece y lo que exige cada una de estas vías en relación con el concreto conflicto que se trate y con las condiciones, características e intereses que se mantenga en cada momento y lugar. Será necesario realizar un saldo entre costes y beneficios en cada una de las medidas que nos permitirá optar por la que más nos convenga para cada uno de los asuntos. En suma, lo más importante ahora es asentar la idea de que será preciso realizar un ejercicio riguroso de valoración de cada una de las vías de solución del concreto conflicto.

6. El esfuerzo y la experiencia como elementos relevantes

Puede parecer un lugar común, o una obviedad, afirmar que para el litigante es necesario contar con preparación previa, estudiar concienzudamente cada uno de los casos, y, además, aprovechar los conocimientos que va ofreciendo la experiencia. Cualquiera que quiera dedicarse al litigio ha de conocer a fondo el derecho y, en lo relativo al derecho procesal, saber aprovechar todas y cada una de las posibilidades que ofrece. Un abogado experto además de tomar en consideración el coste económico, sabe que el proceso también tendrá un coste personal. Y del mismo modo, será consciente de multitud de factores que le permitirán tomar numerosas decisiones en mejores condiciones, como, por citar algunos ejemplos: elegir la alternativa más adecuada a nuestra pretensión cuando el ordenamiento las establece; aprovechar las posibilidades que ofrecen las diligencias preliminares para preparar una demanda; acumular pretensiones cuando sea jurídicamente posible y conveniente; formular propuestas de caución adecuadas para que resulte lo admisiblemente más baja posible; o tomar decisiones cuando sea consciente de que el proceso puede devenir en inútil si, como consecuencia del tiempo necesario para su resolución, puede que se produzcan determinados acontecimientos que frustren la eficacia de la resolución que ha de dictarse. Por eso ha de realizar una nueva previsión del sustento de su pretensión y de los riesgos concretos que pueden generarse a los efectos de reaccionar frente a ello.

Igualmente, como se ha señalado en líneas anteriores, valorará de modo realista las posibilidades con las que se cuenta cada una de las partes para lograr

la fijación de los datos relevantes sobre los que se aplicarán las normas que, debidamente interpretadas, impondrán sus consecuencias en correspondencia con la pretensión y la defensa, pues el litigio gira de modo principal alrededor del hecho y del derecho. En este último aspecto, la experiencia no excluirá, pero sí podrá reducir, algunas horas de estudio de normas, criterios interpretativos del órgano al que nos dirigiremos en concreto, así como de otros órganos principalmente superiores. Y a falta de experiencia, siempre cabe acudir, no obstante algunas dudas derivadas de exigencias de protección de datos, al estudio de la minería de información para intentar predecir como por último podrá fallar el juez concreto al que nos dirigimos.

Al margen de que haya asuntos en los que es más o menos fácil prever un resultado, al ser patente el resultado de la prueba y obvia la aplicación del derecho, en la mayor parte de los casos el éxito de la pretensión será consecuencia directa de la actuación profesional del litigante. Junto a la formación y la capacidad, que se le presupone, será su esfuerzo en la preparación del caso y en la prueba el que marcará la diferencia.

En efecto, uno de los aspectos más influyentes en el éxito de la pretensión será precisamente el esfuerzo desplegado en la actividad probatoria. Esto es así porque, como es sabido, salvo que la controversia se centre en cuestiones estrictamente jurídicas, como el derecho ha de ser aplicado por el Tribunal sobre un material fáctico determinado y fijado principalmente por la actividad probatoria desarrollada por las partes, si un determinado elemento fáctico sufre un déficit probatorio, no podrá ser aplicado el derecho sobre el mismo ni, al final, la parte podría beneficiarse. De ese modo, la estrategia procesal más eficaz para el éxito de la pretensión será la de acentuar los esfuerzos probatorios sobre aquellos datos que, una vez aplicado el derecho sobre los mismos, permitan la estimación de sus correspondientes pretensiones, y lo más inmediato será acompañar a la demanda los documentos procesales y sobre el fondo, incluso a pesar de no saber si los datos a acreditar serán o no controvertidos. De ahí que un buen litigante será distinguido, entre otras cualidades, por su incansable labor en todo lo relacionado con la prueba.

Por supuesto que los aspectos jurídicos serán relevantes, puesto que la fijación fáctica en sí misma no tendrá utilidad alguna si sobre los hechos no se aplican las normas que, debidamente interpretadas, conduzcan a unas consecuencias que coincidan con la pretensión. De ahí la importancia de conocer las normas, la interpretación de la jurisprudencia emanada de los órganos superiores y los criterios del órgano al que nos dirigimos, tanto si es favorable como desfavorable, en este último caso, a los efectos de redoblar los esfuerzos para lograr que cambie la jurisprudencia o el criterio, algo muy difícil pero no imposible.

Con todo, en numerosas ocasiones los conflictos resultan tan dudosos o igualados que por último los pequeños detalles serán los que hagan inclinar la balanza del éxito. Y para cuidar los detalles estará un buen litigante que redacte escritos —y realice los correspondientes actos orales con equivalentes característica— con corrección ortográfica y, por supuesto jurídica, con claridad, precisión y concisión, favoreciendo la lectura con frases cortas y estructuras lingüísticas sencillas, sin menoscabo de la profundidad, evitándole reiteraciones y complejidades innecesarias. Detalles que contribuirán a favorecer un clima favorable al éxito de la pretensión.

7. Análisis de la resolución desfavorable para decidir si conviene o no recurrir

No resulta destacable afirmar que quien afronta un litigio tiene como objetivo obtener un resultado favorable a su pretensión, y lógicamente el mismo se iniciará en consideración a una cierta expectativa de éxito. Por tal motivo, cuando el litigio ofrece resultados en primera instancia contrarios a esta expectativa, surge la relevante cuestión de si resulta conveniente intentar modificar el resultado a través de los medios de impugnación y, entre ellos, sobre todo mediante los recursos.

Pero la impugnación es un camino de obstáculos, que además cuenta con graves consecuencias si no se obtiene un resultado favorable. Dado que ya se ha ofrecido una solución inicial y la impugnación de las resoluciones puede convertirse en una forma de dilatar los efectos del litigio, se tiende a confiar en la justicia de primera instancia y, con ello, a gravar la impugnación imponiendo ciertos obstáculos. Entre los mismos puede destacarse la necesaria constitución de depósito para su interposición que podrá perderse si se inadmitie o cuando se confirme la resolución; el establecimiento de condiciones adicionales para la admisibilidad y mantenimiento de los recursos en supuestos especiales en los que se entiende más factible la instrumentación de los recursos con efectos meramente dilatorios (en esa línea, el art. 449 LEC); entender que el juez de primera instancia, con base en el principio de inmediación, es quien se encuentra en líneas generales en mejor posición para valorar la prueba; el establecimiento de un régimen de condena en costas por el que, a pesar de la reforma operada por el RDL 6/2023 que reduce este régimen únicamente al recurso de casación pues en el apelación se aplica ahora el régimen del art. 394 LEC, en el recurso de casación solo podrá evitarse esta condena cuando sea estimado.

Con todo, es patente que intentar modificar el resultado de un litigio, además de sumar incertidumbre y una importante carga personal, supone empeorar

considerablemente la posición de la parte que perdió inicialmente, lo que hace particularmente conveniente un adecuado estudio de la resolución judicial a impugnar para valorar la probabilidad real de alterarla.

Entre otras cosas, debería valorarse la fortaleza personal y económica para afrontar el tiempo, el esfuerzo y la incertidumbre que supone la impugnación; y también las mayores o menores posibilidades que ofrece la vía impugnatoria en aras a obtener un resultado favorable, dado que un medio de impugnación no devolutivo tendrá menores posibilidades de estimación que uno devolutivo, o un ordinario más que otro extraordinario. Y todavía más relevante será la intensidad de las infracciones o errores que haya podido cometer la resolución a impugnar, tanto en su aspecto fáctico como jurídico. Más posibilidades de estimación habrá si las infracciones o errores son claros por ser contrarios a criterios jurisprudenciales consolidados, o si producen indefensión. Y en el aspecto fáctico, resultará más fácil la estimación cuando se produzca un error patente y palpable al valorar una única prueba que una mera discrepancia con una valoración judicial razonable. De aquí deriva que el supuesto concreto ofrecerá, según los casos, mayores o menores dificultades para que el Tribunal pueda revocar una resolución en atención al supuesto fáctico. Por eso será necesaria la valoración del caso concreto, del medio de impugnación o recurso adecuado, de la calidad de la resolución a impugnar desde un punto de vista formal y de fondo tanto jurídica como fácticamente, y de los criterios del órgano jurisdiccional competente. Y, como resultado, podremos concluir que, a menores posibilidades de éxito, mayor riesgo para el éxito impugnatorio y, por tanto, resultará más temeraria la impugnación. Con todo cabe calcular, aunque sea aproximativamente, la probabilidad de fracaso de la impugnación³.

8. Conclusión: sobre el amor y la empatía como verdaderas claves en el litigio

Las anteriores, y otras que podrían añadirse, son todas cuestiones relevantes y claves en la litigación civil que, junto con alguna otra que podría añadirse, pueden resumirse en dos: el amor hacia una profesión que consiste en dar solución a los conflictos, lo que se traduce en la dedicación del tiempo necesario para el estudio y preparación del conflicto, en todo lo relativo a los aspectos fácticos y jurídicos; y la empatía con el prójimo, especialmente hacia el personal jurisdiccional que tanta carga de trabajo soporta y a quien se le ha de facilitar en todo lo posible su trabajo. Si exprimimos al amor y la empatía todas sus

3. Para la concreción de ese cálculo, véase, para la primera instancia, BONET NAVARRO, J., «El juicio y el prejuicio por la máquina», en *Revista General de Derecho Procesal*, 60 mayo de 2023, pp. 3-6; para los recursos, «Algunas claves de litigación civil», en *Revista Paraguaya de Derecho Procesal Civil*, núm. 2, octubre 2020.

consecuencias, podremos extraer cada una de las claves de éxito del litigio, entre otras cosas, actos concisos, claros y precisos en los que se resalen los puntos clave realmente relevantes y no reiterando más lo que resulte realmente necesario por ser lo determinante para la decisión. Lo bien cierto es que, con amor a la profesión, el esfuerzo se convertirá en placer y, por ese camino, la preparación, corrección y fundamento de los escritos y actos procesales orales en general quedarán garantizados. Y con empatía, estos mismos escritos y actos procesales escritos y orales se realizarán con las características y condiciones más favorables para su éxito.

Será improbable que solamente con amor y empatía se garantice al menos a corto plazo el éxito o estimación de la pretensión, básicamente porque para ello es necesario que concurran hechos constitutivos o defensivos que puedan ser fijados por los diversos medios posibles y además que concurran normas que debidamente interpretadas una vez aplicadas a dichos hechos conduzcan o coincidan con las pretensiones de las partes. No obstante, realizar un buen trabajo y de calidad situará a la parte en las mejores condiciones para generar respeto y, a largo plazo, para alcanzar el éxito.

VII | El impacto de las nuevas tecnologías sobre el derecho probatorio

Tiziana Di Ciommo
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat Internacional de Catalunya

SUMARIO: 1. ACLARACIONES CONCEPTUALES. 2. NUEVAS TECNOLOGÍAS, PROCESO CIVIL Y ACTIVIDAD PROBATORIA. 2.1. LAS NUEVAS FUENTES DE PRUEBA EN EL ERA TECNOLÓGICA. 2.2. LOS AVANCES EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL ERA TECNOLÓGICA. 3. EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS PERSONALES. 3.1. EL ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS. 3.2. EL ANÁLISIS DE LA CREDIBILIDAD DEL RELATO. 3.3. LA APLICACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS DE DETECCIÓN DE MENTIRAS. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. Aclaraciones conceptuales

Antes de entrar a analizar el impacto que pueda tener la irrupción de la inteligencia artificial en relación con el derecho probatorio¹, considero preciso efectuar algunas aclaraciones acerca de la distinción entre digitalización, estandarización, automatización e inteligencia artificial.

(a) Por lo que se refiere a la digitalización, resulta a toda luz evidente el uso que, en general, la sociedad civil hace de las nuevas tecnologías para transformarse digitalmente. Un ejemplo de ello es la implementación de sistemas de gestión documental y de acceso a la información, tanto en el ámbito privado, como en el público. Todo lo anterior con la finalidad: (i) de reducir el consumo de papel en línea con la política de «cero papel», y (ii) contribuir a mitigar el impacto medioambiental, en línea con los objetivos sostenible «ODS» de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas.

1. Para un estudio más profundo del concepto de derecho probatorio véase: PICO I JUNOY, J., *El derecho constitucional a la prueba en La prueba a debate*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2021, pp. 19 a 56.

(b) Con respecto a la estandarización, el avance tecnológico ha permitido implementar mejoras en la optimización de los procesos precisamente a través de la estandarización de los mismos. Básicamente, el punto de partida es la elaboración de un minucioso y detallado protocolo de actuación para cada una de las fases de un determinado proceso en el que se detallan las tareas del mismo. Con esta segmentación de cada una de las fases y funciones de un determinado proceso se pretende: (i) identificar y corregir aquellos procesos duplicados que generan bolsas de ineficiencia; (ii) identificar de tareas repetitivas con la finalidad de mecanizar las mismas; e (iii) identificar procesos que o bien pueden ser automatizados o bien pueden ser ejecutados con inteligencia artificial.

(c) En cuanto a la automatización, la misma consiste en usar la tecnología para realizar tareas con muy poca intervención humana. Se puede implementar en cualquier sector en el que se lleven a cabo tareas repetitivas. Sin embargo, es más común en aquellos relacionados con la fabricación, la robótica y la automoción, así como en aquellos relacionados con los sistemas de la tecnología de la información. En el sector legal, se puede hacer referencia a softwares de automatización de procesos como Contract Express o Alteryx, entre otros. Entrando más en lo específico, Contract Express es un software de automatización y seguimiento de documentos jurídicos de uso frecuente que, por ejemplo, permite automatizar la creación de contratos o en general de documentos con un contenido bastante estándar. Por su parte, Alteryx es un software que permite trabajar de forma fácil e intuitiva con un gran volumen de datos gracias a sus herramientas de análisis avanzada de limpieza, normalización, selección, preprocesamiento y enriquecimiento de datos.

(d) Por último, la inteligencia artificial es un sistema, basado en algoritmos, capaz de detectar patrones, percibir información, sintetizar y mostrar un resultado, una solución o tomar una decisión. Es decir, se trata de una forma de inteligencia distinta a la humana y a la evolución de la especie, capaz de buscar soluciones innovadoras nuevas. Bajo el concepto general de inteligencia artificial (IA) entrarían: (i) el *machine learning* que es un subcampo de la IA centrado en el uso de datos y algoritmos en máquinas para imitar la forma en que aprenden los humanos; (ii) el *deep learning* que es una técnica de *machine learning* que utiliza estadísticas y modelos predictivos para procesar datos y tomar decisiones; (iii) la inteligencia generativa (GenIA) que son algoritmos que utilizan indicaciones o datos existentes para crear nuevo contenido, por ejemplo, escrito, visual o auditivo; y (iv) *LargeLanguageModel* que es un subconjunto de GenIA que se entrena con conjuntos de datos de gran volumen para generar, resumir y traducir texto u otro contenido.

2. Nuevas tecnologías, proceso civil y actividad probatoria

Sentada la distinción entre digitalización, estandarización, automatización e inteligencia artificial, cabe destacar que el derecho probatorio no es ajeno a la nueva realidad socio-cultural y a las nuevas tendencias en materia tecnológicas.

De hecho como indica el Prof. PICO I JONOY, estas nuevas tecnologías pueden incidir en el derecho probatorio de dos formas distintas: (a) como mecanismo de reproducción de la realidad susceptible de formar la convicción judicial, esto es, como nuevas fuentes probatorias; o (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 practicadas en el marco de un proceso judicial².

2.1. Las nuevas fuentes de prueba el era tecnológica

En cuanto a las nuevas fuentes de prueba, el ya citado Autor refiere que tales fuentes se tienen que relacionar especialmente con cuatro ámbitos de la sociedad³.

En concreto: (a) en la forma en la que hoy en día las personas se relacionan a través del uso de las redes sociales como Facebook, Instagram, Youtube, WhatsApp, etc; (b) en la contratación electrónica, debido especialmente al incremento exponencial de multinacionales dedicadas al comercio electrónico de cualquier tipo de producto o servicio como Amazon, Ebay, Alibaba, etc; (c) en la interconexión directa de los instrumentos electrónicos habituales en la vida de los ciudadanos a través de internet, a saber, internet de las cosas (IOT); y (d) en la forma de comunicarse de las personas, sustituyendo las palabras por símbolos o figuras (emoticonos), que también acaban teniendo su trascendencia probatoria en el marco de un proceso judicial⁴.

2. Al respecto véase, para un estudio más profundo, PICÓ I JUNOY, J., *Retos del derecho probatorio ante las nuevas tecnologías*, en AAVV (dirigido por CALZADA LOPEZ, S., y LLORENTE SÁNCHEZ-ARONJA, M.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 439 y ss; PICÓ I JUNOY, J., *The New Challenges of Evidence Law in the Fourth Industrial Revolution*, en MIKI, K., *Technology, the Global Economy and other New Challenges for Civil Justice*, Editorial Intersentia, Cambridge, 2021, pp. 477-518.

3. PICÓ I JUNOY, J., *Retos del derecho probatorio ante las nuevas tecnologías*, en AAVV (dirigido por CALZADA LOPEZ, S., y LLORENTE SÁNCHEZ-ARONJA, M.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, op. cit., 2022, pp. 440 y 441.

4. Para profundizar en este aspecto véase GOLDMAN, E., «Emojis and the Law», en *Washington Law Review*, vol. 9, 2018, pp. 1227-1291; ABEL FABREGÓ, A., «Los emojis como fuente de prueba», en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 120, 2021, 4, pp. 977-1002.

Ahora bien, dejando de lado los problemas que tales fuentes de prueba pueden plantear en cuanto a la posible intromisión en las esfera privada o más íntima de las personas⁵, y la facilidad de manipulación o alteración de su contenido, está claro que estas nuevas fuentes de pruebas podrán introducirse en el proceso civil según los tradicionales medios de prueba⁶.

2.2. Los avances en la valoración de la prueba en el era tecnológica

En cambio, por lo que se refiere a la irrupción de nuevas tecnologías como instrumentos de auxilio de los tradicionales medios de prueba en la medida en que se presentan como herramientas susceptibles de verificar y valorar el resultado de las pruebas adquiridas en el marco de un proceso, cabe destacar que cada vez son más los estudios que profundizan en esta dirección y los experimentos que se llevan a cabo en este sentido aunque como veremos a continuación, hay que advertir desde el principio de sus límites y riesgos.

3. El impacto de la inteligencia artificial en la valoración de las pruebas personales

A la hora de analizar el impacto de la inteligencia artificial en la valoración de la prueba resulta cuanto menos aconsejable analizar dicho impacto distinguiendo entre prueba consistente en declaración de personas, prueba documental y prueba pericial. Sin perjuicio de lo anterior, limitaremos el presente trabajo únicamente al estudio del impacto de la valoración de la prueba consistente en la declaración de personas, a cuyo análisis dedicaremos los siguientes apartados.

De hecho, a pesar de que tradicionalmente siempre se ha procedido a la distinción entre declaración de las partes y declaración de testigos, a los efectos que aquí nos ocupan, procederemos a tratar de forma conjunta el impacto de la inteligencia artificial en la valoración de la prueba consistente, con carácter general, en la declaración de personas⁷.

5. En materia de ilicitud de la prueba véase PICO I JUNOY, J., *La prueba ilícita: un concepto todavía por definir*, en MARTÍN RIOS, P., *La administración de Justicia en España y en América*, Astigi, Sevilla, 2021, pp. 1589-1606 (y en *La Ley Probática*, nº 1, 2020, pp. 1-18); y PICO I JUNOY, J., «El concepto de prueba ilícita en Michele Taruffo», en *Justicia*, Barcelona, 2021, 2, pp. 33-52.

6. A saber, a través de los medios de prueba relacionados en el art. art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

7. Al respecto NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 90, señala que «Por motivos históricos del sistema de valoración legal de la prueba, se ha separado en la doctrina y en las leyes hasta la actualidad la prueba de la declaración de las partes y la prueba testifical. En realidad, despojadas ambas de los antiguos condicionamientos del sistema de prueba legal, estamos hablando del

Sentado lo anterior, en cuanto a la prueba de declaración de personas y bajo la vigencia del sistema de valoración libre, la inteligencia artificial podría coadyuvar de varias maneras, como por ejemplo, con el análisis de la credibilidad del testimonio a través la valoración de las circunstancias sustanciales que puedan darse en el momento del acontecimiento de los hechos, con el análisis de la credibilidad del propio relato del interrogado o con la aplicación de la neurociencia⁸, aspectos estos últimos sobre los que reflexionaremos a continuación.

3.1. El análisis de las circunstancias fácticas

En cuanto a la declaración de las personas cabe resaltar que bajo el sistema de libre valoración de la prueba, lo que cabría procurar es que el declarante, en el momento de declarar, esté en la mejor situación para poder ofrecer información útil con su declaración. Dicho de otra forma, es importante que el momento en el que se preste la declaración, el declarante esté —por ejemplo— en un contexto de tranquilidad, sin ningún condicionante.

Sin perjuicio de lo anterior, se convendrá que no solo es importante el momento en que se preste la declaración, sino sobre todo el momento en el que se presencien los hechos que serán posteriormente objeto de la referida declaración. En relación a este último momento, resultaría, sin duda alguna, de especial relevancia el análisis de las circunstancias sustanciales que se den en el momento en el que se presencien los acontecimientos que desde luego pueden afectar *a posteriori* a la credibilidad del testimonio⁹.

De hecho, partiendo de que la memoria humana no es particularmente buena, existen una serie de variables que pueden influir en la visualización y posterior retención de los hechos que se han presenciado y que serán posteriormente objeto de declaración. Ahora bien, sin entrar a analizar cada uno de estos factores podría resultar de interés hacer referencia a algunos de ellos, adelantán-

*8. El mismo medio de prueba: la declaración de personas. Y es que la declaración de un testigo que, libre de ataúismo ordálicos, no jura ni promete, y que además no es tachado por ninguna circunstancia al no requerirse un número mínimo de testigos para proceder a su valoración en el proceso, no se diferencia en absoluto de la declaración de una de las partes, despojada también de su valor privilegiado al desaparecer el juramento». Asimismo, véase NIEVA FENOLL, J., «La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, junio de 2017, pp. 57 y ss; NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II, Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2015, pp. 228 y ss.*

9. Para un estudio más detallado véase: NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, op. cit., pp. 79 a 98.

9. Véase sobre el argumento: MANZANERO, A. L., *Psicología del testimonio*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2008; DIGES JUNCO, M., *Los falsos recuerdos. Sugestión y memoria*, Cuadernos de Psicología, Barcelona, 1997.

do desde ahora que tales factores podrían ser objetivables y parametrizables, aunque con ciertas cautelas, claro está¹⁰. Veámoslo.

Los psicólogos del testimonio, por ejemplo, afirman que la declaración de una persona será menos fiable si presenció los hechos desde lejos y/o con iluminación insuficiente o si se realiza en un intervalo de tiempo reducido, etc. Sin embargo, al respecto cabe resaltar que todas estas variables que se puedan dar en la práctica carecen de precisión matemática. Consecuentemente, no se podría afirmar con rotundidad —por ejemplo— que puede considerarse matemáticamente cierto que es menos fiable la declaración de quien haya presenciado los hechos a 5 metros respecto a quien haya presenciado los mismos a 10 metros de distancia, sino que más bien se tendrá que hablar en términos de probabilidades teniendo en cuenta todos los múltiples factores que puedan concurrir en el supuesto de hecho, sobre la base de los estudios estadísticos efectuados.

Efectivamente, en esta línea, la psicología del testimonio se limita a subrayar, con acierto, que —en términos generales—, el declarante hubiera tenido mejores oportunidades de retener el acontecimiento si hubieran ocurrido, en el momento de la presencia de los hechos, determinadas circunstancias, como por ejemplo, la circunstancia temporal (evento acaecido recientemente), circunstancia visiva (evento acaecido de día o en un lugar con buena iluminación), circunstancia espacial (evento acaecido en un espacio muy reducido), entre otros¹¹.

Lo mismo pasaría con el llamado «efecto foco», según el cual el hecho de haber sido atracado con una pistola apuntada a pocos metros de la cara de la víctima, no significa necesariamente que la misma solo se haya centrado en mirar la pistola, sino más bien que tiene peores posibilidades de recodar la cara de quien la atracó con la referida pistola. Discurso parecido se podría reproducir en el caso de quien haya presenciado los hechos objeto de declaración bajo el efecto del alcohol o de sustancias estupefacientes. Pues bien, en este supuesto pasaría lo mismo, es decir, lo anterior no significa necesariamente que el declarante no haya podido visualizar o retener los hechos presenciados, sino más bien que tiene peores posibilidades de hacerlos. Lo anterior, obviamente sin contar que además cada uno responde de forma distinta al alcohol o a las sustancias estupefacientes.

10. Para profundizar se aconseja la lectura de MANZANERO, A. L., *Psicología del testimonio*, op. cit., p. 27; DIGES JUNCO, M., y PEREZ MATA, N., *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio*, en AAVV *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento: un análisis desde el Derecho procesal penal y la Psicología del testimonio*, Marcial Pons. Madrid, 2014, pp. 36 y ss.

11. Véase ampliamente NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, op. cit., p. 82.

Por lo tanto, si se comparte lo anterior se convendrá que no se pueden considerar separadamente algunas circunstancias sustanciales sin relacionarlas con las restantes y sin además vincularlas con un determinado sujeto aisladamente considerado. Como corolario de lo anterior derivaría pues, que hoy en día resulta difícil construir una aplicación o dibujar un algoritmo que sea capaz de recoger de forma sistemática todas estas posibles circunstancias y, sobre todo, que las combine adecuadamente y las reconduzca a un sujeto en determinado, aún más si se considera la poca capacidad de estandarización de diferentes factores y sus impactos en la esfera más subjetiva de cada uno de los individuos.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe resaltar que ya han existido intentos al respecto como el programa AD-VOKATE. Se trata, pues, de una herramienta para valorar la credibilidad de los testigos que se basa sobre todo en la distancia entre el observador y lo observado, en las condiciones de visibilidad que se den en el contexto objeto de observación, en el eventual conocimiento previo entre el observador y lo observado, en el lapso de tiempo del que dispondría el observador para observar la situación y/o contexto, en las condiciones del observador como edad, nivel de estrés, eventual consumo de estupefacientes, etc¹².

Dicho lo anterior, cabe resaltar que, este u otro programa basado en algoritmos parecidos, podrían desde luego coadyuvar a los jueces en la valoración de las circunstancias sustanciales vinculadas a una determinada declaración. Sin embargo, al respecto se convendrá que no es fácil establecer métricas aplicables a la infinidad de casos que puedan darse en la práctica, con múltiples variables, por lo que el uso de programas basados sobre meros cálculos estadísticos podría acabar objetivando la intuición y estandarizando la realidad, en detrimento de las garantías procesales. Por lo tanto, a la luz de las consideraciones efectuadas, se convendrá que estas herramientas deberán ser utilizadas, en todo caso, con todas las cautelas posibles.

3.2. El análisis de la credibilidad del relato del interrogado

Partiendo de la base de que cabría descartar valorar la credibilidad del interrogado únicamente sobre la base de un estudio gestual del mismo, puesto que no puede considerarse matemáticamente cierto que una persona miente, por ejemplo, solo por el simple hecho de no mirar a los ojos del interrogante en el

12. Al respecto véase BROMBY, M., HALL, M. J., «The Development and Rapid Evaluation of the Knowledge Model of ADVOKATE: an Advisory System to Assess the Credibility of Eyewitness Testimony» en T.J.M. Bench-Capon, A. Dascalopulu and R.G.F. Winkels (eds.), Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2002: The Fifteenth Annual Conference, Amsterdam: IOS Press, 2002, pp. 143-152.

momento del interrogatorio¹³, las orientaciones de la psicología del testimonio han considerado de gran utilidad valorar la credibilidad del interrogado tomando en consideración más que la gestualidad propia de la persona del declarante, la propia declaración en sí vinculada a los hechos acaecidos¹⁴.

Dicho de otra forma, dejando de lado las circunstancias sustanciales que se den en el momento del acontecimiento de los hechos y centrándonos en el relato ofrecido *a posteriori* por el declarante, para valorar la credibilidad del referido relato resultaría conveniente analizar cuanto menos los siguientes elementos¹⁵: (a) la coherencia de la declaración, a saber, valorar si el discurso globalmente considerado mantenga una cierta línea expositiva sin que el declarante entre en contradicciones; (b) la existencia o no de comentarios oportunistas en la declaración, a saber, la introducción en la narración de elementos por los que nadie ha preguntado y con los que el declarante pretende buscar a toda costa reforzar el relato que se está narrando; y por último (c) la capacidad de contextualización y descripción del escenario donde acaecieron los hechos, a saber, facilitando detalles que guarden íntima relación con el contexto y/o lugar de los hechos.

Sentado lo anterior, cabe añadir que no habría motivos para considerar que las anteriores variables no puedan ser plasmadas en un algoritmo con la finalidad de verificar la credibilidad del relato contado. Sin embargo, por lo menos en relación con los dos primeros puntos, relativos a la coherencia de la declaración y la existencia de comentarios oportunistas, se antoja un tanto complicado pensar que la aplicación de la inteligencia artificial pueda realmente aportar elementos útiles a la hora de valorar la credibilidad del relato. Y ello por los motivos que se indicarán a continuación, veámoslos.

En relación con la coherencia de la declaración, nadie duda que una herramienta pueda ser configurada para detectar una serie de errores ya predeterminados o estandarizados. Sin embargo, una cosa es detectar errores repetitivos, otra cosa muy distinta es apreciar la coherencia de un discurso, por lo que resulta muy complicado prever al respecto la aplicación de la inteligencia artificial.

En cuanto a la existencia de comentarios oportunistas en la declaración, se convendrá que tales matices, que pueden ser introducidos de forma unilateral en la narración, son tan poco estandarizables o sistematizables que resulta al-

13. Véase al respecto EKMAN, P., *Como detectar mentiras*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2021; EKMAN, P., *El rostro de las emisiones*, RBA Bolsillo, Barcelona, 2017.

14. Véase ampliamente NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, op. cit., p. 84.

15. Para un estudio más profundo véase NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 222 y ss; MANZANERO, A. L., *Psicología del testimonio*, op. cit., pp. 201.

tamente improbable que una maquina pueda elaborar estadísticas sobre los mismos. Es por ello que también en este supuesto se comprende fácilmente como la aplicación de la inteligencia artificial parece ser realmente residual.

En cambio, por lo que se refiere a la capacidad de contextualización y descripción del escenario donde acaecieron los hechos, partiendo de la base que generalmente la credibilidad se evalúa contrastando los hechos declarados con otra información obtenida, por ejemplo, a través de otros medios de prueba, no puede descartarse que esta comparación pueda producirse a través el uso de la inteligencia artificial. Dicho de otra forma, si la herramienta predisposta a tal efecto fuera capaz de recopilar los datos obtenidos de la práctica de otros medios de prueba y compararlos con lo que dice el interrogado, no parece puedan existir impedimentos a que la inteligencia artificial pueda coadyuvar en la valoración de la capacidad de contextualizar y describir el escenario en la narración del relato y, por lo tanto, de emitir un juicio valorativo acerca de la credibilidad del relato.

Consecuentemente, a la luz de las consideraciones anteriormente efectuadas sobre la credibilidad del relato del interrogado, es posible concluir que, si bien es cierto que en relación con la coherencia de la declaración y la existencia de comentarios oportunistas del declarante resultaría más complicado prever la aplicación de la IA, no dejaría de ser menos cierto que en relación con la capacidad de contextualización y descripción del escenario donde acaecieron los hechos, la IA podría resultar de utilidad en la valoración de la declaración, aunque para ello será necesaria, como no podría ser de otra forma, que la inteligencia humana determine correctamente los parámetros aplicables¹⁶.

3.3. La aplicación de nuevas tecnologías de detección de mentiras

Como se ha adelantado, las nuevas tecnologías pueden ser instrumentos de auxilio de los tradicionales medios de prueba en la medida en que se configuran como herramientas que permiten verificar el resultado de una prueba practicada. En este contexto, cabe hacer una breve referencia a la neurociencia, entre otras tecnologías. En concreto, la neurociencia ofrece mecanismos para detectar mentiras mediante imágenes de resonancia magnética (fMRI), aunque actualmente hay ciertas limitaciones empíricas sobre la fiabilidad de estas pruebas científicas de detección de mentiras¹⁷.

16. Al respecto véase ampliamente NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, op. cit., pp. 84 a 87.

17. Véase ampliamente PICÓ I JUNOY, J., *Retos del derecho probatorio ante las nuevas tecnologías*, en AAVV (dirigido por CALZADA LOPEZ, S., y LLORENTE SÁNCHEZ-ARONJA, M.), *Inteligencia artificial legal y administrativa*.

Pues bien, entrando más en el detalle, desde la neurociencia se están desarrollando nuevas técnicas que detectarían los cambios neuronales del cerebro de un humano a través de técnicas de imágenes cerebrales que permiten mostrar determinadas regiones cerebrales que ejecutan una función concreta. Sin embargo, actualmente existen importantes dudas acerca de la fiabilidad de estas pruebas científicas. Y a lo anterior cabe añadir, como indica el Prof. PICO I JUNOY, que aunque se llevase a la conclusión de que fuese cierta la posibilidad de detectar cual es la zona cerebral que se activa en caso de contar mentiras, en cualquier caso, lo anterior no evitaría que se abran múltiples interrogantes puesto que podría darse el caso, por ejemplo, de que el declarante¹⁸:

- a) Mienta, pero tenga capacidad de control de sus estímulos emocionales que evite la activación de determinadas zonas cerebrales;
- b) Diga la verdad, pero se active la región cerebral que determina el estímulo de la mentira, puesto que su sistema nervioso se ha alterado, por ejemplo, al estar contando hechos de carácter íntimo o mantenidos ocultos durante años;
- c) Diga la verdad, pero en realidad esté mintiendo porque, por ejemplo, la declaración se fundamenta en un conocimiento erróneo de los hechos;
- d) O incluso es posible que diga la verdad antes hechos que formalmente aparezcan como falsos porque por ejemplo, es altamente improbable o casi matemáticamente imposible que sea cierto.

En definitiva, a la luz de las consideraciones efectuadas cabe concluir que la hipótesis de si es posible mediante la captación y estudio de imágenes cerebrales detectar cuando una persona esté mintiendo, sigue siendo debatida en multitud de estudios científicos, por lo que como indica el Prof. PICÓ I JUNOY lo lógico sería seguir reflexionando sobre la admisibilidad probatoria de dichas imágenes cerebrales para determinar la mayor o menor credibilidad del relato de la persona declarante¹⁹.

ción de justicia, op. cit., p. 447 y ss; NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, op. cit., 2018, pp. 89-90.

18. PICÓ I JUNOY, J., *Retos del derecho probatorio ante las nuevas tecnologías*, en AAVV (dirigido por CALZADA LOPEZ, S., y LLORENTE SÁNCHEZ-ARONJA, M.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2022, p. 448; PICO I JUNOY, J., *La prueba del dolor en Neurociencia y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 91 y 92.

19. Para una visión más amplia en materia de derecho comparado véase PICÓ I JUNOY, J., *Retos del derecho probatorio ante las nuevas tecnologías*, en AAVV (dirigido por CALZADA LOPEZ, S., y LLORENTE SÁNCHEZ-ARONJA, M.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 450 y 451.

4. Bibliografía

- ABEL FABREGÓ, A., «Los emojis como fuente de prueba», en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 120, 2021, 4, pp. 977-1002.
- BROMBY, M., HALL, M. J., «The Development and Rapid Evaluation of the Knowledge Model of ADVOKATE: an Advisory System to Assess the Credibility of Eyewitness Testimony» en T.J.M. Bench-Capon, A. Daskalopulu and R.G.F. Winkels (eds.), *Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2002: The Fifteenth Annual Conference*, Amsterdam: IOS Press, 2002, pp. 143-152.
- CALAZA LOPEZ, S., y LLORENTE SÁNCHEZ-ARONJA, M., *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2022.
- DIGES JUNCO, M., *Los falsos recuerdos. Sugestión y memoria*, Cuadernos de Psicología, Barcelona, 1997.
- DIGES JUNCO, M., y PEREZ MATA, N., *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio*, en AAVV *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento: un análisis desde el Derecho procesal penal y la Psicología del testimonio*, Marcial Pons. Madrid, 2014.
- EKMAN, P., *Como detectar mentiras*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2021.
- EKMAN, P., *El rostro de las emisiones*, RBA Bolsillo, Barcelona, 2017.
- GOLDMAN, E., «Emojis and the Law», en *Washington Law Review*, vol. 9, 2018, pp 1227-1291.
- MANZANERO, A. L., *Psicología del testimonio*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2008.
- NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II, Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2015.
- NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- NIEVA FENOLL, J., «La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, junio de 2017.
- PICO I JUNOY, J., *El derecho constitucional a la prueba en La prueba a debate*, J. Mª. Bosch editor, Barcelona, 2021.
- PICO I JUNOY, J., *The New Challenges of Evidence Law in the Fourth Industrial Revolution*, en MIKI, K., *Technology, the Global Economy and other New Challenges for Civil Justice*, Editorial Intersentia, Cambridge, 2021.
- PICO I JUNOY, J., «El concepto de prueba ilícita en Michele Taruffo», en *Justicia*, Barcelona, 2021, 2, pp. 33-52.
- PICO I JUNOY, J., *La prueba ilícita: un concepto todavía por definir*, en MARTIN RIOS, P., *La administración de Justicia en España y en América*, Astigi, Sevilla, 2021, pp. 1589-1606 (y en *La Ley Probática*, nº 1, 2020, pp. 1-18).
- PICÓ I JUNOY, J., *Retos del derecho probatorio ante las nuevas tecnologías*, en AAVV (dirigido por

VIII | Sobre el rol del Derecho procesal comparado en España. Una vieja ponencia y una carta

Ignacio Díez-Picazo Giménez
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DEL DERECHO PROCESAL COMPARADO EN ESPAÑA. 3. SOBRE LA INFLUENCIA DEL MODELO PROCESAL CIVIL ITALIANO EN ESPAÑA

1. Introducción

Reflexionando sobre si y en qué medida evolucionan y progresan los estudios académicos en el Derecho procesal, vino a mi mente el tema del rol del Derecho comparado en nuestra disciplina. Supongo que basta la experiencia propia para tener la impresión de que sí avanzamos. El Proyecto «Comparative Procedural Law and Justice» liderado por Burkhard Hess es seguramente el mejor epítome de ese avance. No obstante, si ceñimos la reflexión a España, quizás la impresión cambie o se minore. Al pensar en ello recordé dos textos inéditos sobre el particular.

El primer texto data de 1994 y fue la ponencia española que remití al Congreso de la Asociación Internacional del Derecho Procesal en que se habló del tema del rol del Derecho procesal comparado, bajo el título «Special features of comparative procedural law». Aunque el texto original de la ponencia estaba en inglés, conservaba el texto en castellano sobre el que hice la traducción en su momento. Me ha parecido de interés darlo a conocer. Solo he corregido erratas y he introducido leves cambios. A esta ponencia española la he llamado «Características particulares del Derecho procesal comparado en España». Al lector dejo el juicio sobre si el tiempo transcurrido obligaría a escribir algo radicalmente distinto treinta años después.

El segundo texto es una carta que data de diciembre de 2013 y que responde a una petición de mi muy querido y apreciado Vincenzo Varano, comparatista de talla mundial. Me pedía el Profesor Varano que le ilustrara sobre la influencia que, a mi parecer, había tenido el modelo procesal civil italiano en España. Es un texto más próximo en el tiempo. Es también más personal en su tono y en mi respuesta. Me ha parecido también que podría tener cierto interés. Lo he llamado «Sobre la influencia del modelo procesal civil italiano en España». De nuevo me he limitado a corregir erratas y meter algún pequeño cambio.

He estado tentado de hacer un apartado final sacando conclusiones. A la postre me he omitido el estrambote. Dejo al lector que saque sus propias conclusiones, si de algo le sirven estos textos.

2. Características particulares del Derecho procesal comparado en España

La descripción de la situación y relevancia del Derecho procesal comparado en España no se presenta como una tarea sencilla, puesto que el Derecho procesal comparado no constituye realmente un campo académico de perfiles nítidos, sino más bien un método o un instrumento del trabajo jurídico, como, por lo demás, sucede en el resto de las disciplinas jurídicas tradicionales. Semejante descripción, necesariamente breve, tendrá que recurrir a generalizaciones, dejando de lado matices o detalles. Lo primero que cabe señalar es que, hasta donde a mí me consta, el tema de los rasgos específicos del Derecho procesal comparado no ha sido motivo de reflexión en mi país. Quiero con ello decir que, aunque existe naturalmente en España una práctica del Derecho procesal comparado, no existe en absoluto una suerte de *teoría* del mismo, en el sentido de reflexiones por parte de los cultivadores del Derecho procesal acerca del sentido, el método, los riesgos o las metas del Derecho comparado en el ámbito del proceso y de la jurisdicción. Desde el punto de vista de lo que podríamos llamar cuestiones introspectivas o reflexivas del Derecho procesal comparado, no he encontrado ninguna aportación doctrinal sobre el tema. Ello se debe seguramente, en primer lugar, a la falta de *status* académico del Derecho procesal comparado, en particular, y del Derecho comparado, en general, y, en segundo lugar, quizás como consecuencia de lo anterior, a la concepción generalizada de que el Derecho comparado constituye una herramienta auxiliar del trabajo jurídico en cada una de las disciplinas tradicionales.

Así pues, no ya el Derecho procesal comparado, sino ni siquiera el Derecho comparado existen como disciplinas académicas. Se puede decir que no hay propiamente comparatistas en España, en el sentido académico del término. Hay comparatistas ocasionales o, todo lo más, juristas que desde su respectiva

disciplina, sea esta el Derecho procesal o una disciplina sustantiva, tienen una especial e intensa dedicación al Derecho comparado.

En segundo lugar, y en clara conexión con lo anterior, la falta de un *status académico* del Derecho comparado y, por tanto, del Derecho procesal comparado, explica que no existan aportaciones reflexivas sobre el mismo. Del mismo modo que para el estudio de las instituciones del Derecho positivo el jurista teórico o práctico se sirve de la historia, de las reglas de interpretación, de la jurisprudencia y de otros variados instrumentos de análisis, en el mismo sentido se sirve del Derecho comparado. Pero para el cultivador del Derecho procesal, el Derecho comparado es una herramienta que utiliza, pero sobre la que no reflexiona.

El Derecho procesal comparado se utiliza básicamente en el terreno doctrinal, más que en el terreno jurisprudencial o de la práctica del Derecho y más que en el terreno de la política jurídica, aunque naturalmente estos tres ámbitos no son compartimentos estancos, sino que están interrelacionados. Desde luego no se puede decir que el Derecho procesal comparado esté absolutamente ausente en el terreno de la jurisprudencia, de la práctica profesional o del campo político con mira a eventuales reformas procesales. Sin embargo, en todos estos ámbitos el Derecho procesal comparado es no solo auxiliar, sino casi marginal. En el campo de la aplicación práctica del Derecho procesal, esta marginalidad del Derecho comparado se comprende si se tiene en cuenta la urgencia con que la misma se realiza, que impide disponer del tiempo para la reflexión o el análisis necesarios de los datos que puede aportar un sistema jurídico extranjero. Además, la práctica jurídica se ciñe al ordenamiento positivo nacional, aún más en el caso del Derecho procesal, en el que la aplicación del Derecho extranjero es inviable, dado el carácter territorial de las normas procesales, por todo lo cual la utilidad de la comparación es quizás más acotada. En cualquier caso, cabe mencionar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sí recogen ocasionalmente referencias de Derecho procesal comparado e incluso en algunos casos pueden basarse en construcciones jurídicas foráneas. Esto es perfectamente perceptible en lo que se refiere a algunas garantías constitucionales del proceso, recogidas en el artículo 24 de la Constitución española, en cuya interpretación la jurisprudencia española ha acudido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos o de otros tribunales constitucionales europeos, como el de la República Federal Alemana o Italia. Sin duda, las bases comunes de que se parte en esta materia de garantías constitucionales del proceso han permitido esta aproximación entre ordenamientos, en materias tales como el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho a la asistencia letrada, la prohibición de pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, la presunción de inocencia, el derecho a que el proceso se sus-

tancia en un plazo razonable. Probablemente las garantías constitucionales del proceso son el verdadero campo de pruebas para construir los principios procesales comunes a todos los ordenamientos contemporáneos. En este campo de pruebas, el protagonismo en la aproximación corre a cargo de los tribunales constitucionales y de los tribunales supremos. En el caso español, la valiosa labor realizada desde la aprobación de la Constitución, principalmente por el Tribunal Constitucional, pero también por el Tribunal Supremo, ha constituido uno de los principales factores de modernización y racionalización del Derecho procesal. En esta labor se ha dejado sentir una clara influencia, unas veces expresa en las sentencias y las más de las veces latente, de sistemas constitucionales con mayor abolengo, como el norteamericano, el alemán o el italiano, así como del Tribunal Europeo de derechos Humanos.

No obstante todo lo expuesto, es el doctrinal el ámbito en el que la herramienta del Derecho comparado se utiliza principalmente. Son los teóricos del Derecho procesal quienes muestran un conocimiento más profundo y un interés más acusado por el Derecho comparado. Sin embargo, incluso en este ámbito y en términos generales cabe afirmar que lo que llamamos comparación jurídico-procesal realizada por parte de los juristas teóricos se limita básicamente al conocimiento de la legislación y doctrina extranjeras —sobre todo alemana e italiana— con la finalidad de contrastar los principios básicos del Derecho procesal o de alguna institución en concreto. Probablemente la evolución histórica nos muestre una explicación de esta afirmación.

Convencionalmente se suele situar el paso del proceduralismo a la visión científica del proceso en la segunda mitad del siglo XIX en Alemania (la polémica sobre la *actio* entre Windscheid y Muther, la obra de von Bulow, Kohler, Hellwig, Rosenberg y Wach, entre otros) y su implantación en Italia en la obra de Chiovenda y posteriormente de Carnelutti, Calamandrei, Redenti, etc. En España la elaboración científica del Derecho procesal se produce a partir de los años 20 y 30 del siglo XX, en las obras de Beceña, Gómez Orbaneja, Prieto-Castro y Alcalá-Zamora, a través del magisterio de los autores italianos y alemanes. No obstante, la codificación procesal civil y penal se había realizado ya en el siglo XIX (una Ley de Enjuiciamiento Civil fue aprobada en 1855 y la vigente en 1888; la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue aprobada en 1882), antes o contemporáneamente al nacimiento de la ciencia jurídico-procesal. En el caso de la codificación procesal civil, además, la misma no supuso una modernización, sino sustancialmente un mantenimiento del proceso romano-canónico. Ello significa que la recepción y elaboración de la ciencia jurídico-procesal en España se ha realizado sobre la base de un ordenamiento procesal civil arcaico. Por ello, el recurso a la doctrina extranjera se hizo, si cabe, más necesario, casi imprescindible. El procesalista español, con frecuencia, no ha buscado en el Derecho comparado la *comparación*, sino la posibilidad de *importación*.

No es aventurado afirmar que la doctrina procesalista alemana e italiana ha tenido una importancia decisiva en la española y ha inspirado la elaboración no sólo de los conceptos y principios básicos de la disciplina, sino también la búsqueda de soluciones respecto de instituciones concretas. En muchos casos, en las normas, la jurisprudencia y la doctrina alemanas e italianas no se ha buscado una comparación, sino una solución, una imitación. O por decirlo de otra manera, la comparación ha conducido en ocasiones a hacer propuestas de *lege ferenda*.

Desde el punto de vista del método con que se utiliza el Derecho procesal comparado, la impresión es que de él se hace un uso predominantemente descriptivo. Las aportaciones de Derecho comparado suelen consistir en una descripción de las normas de diversos ordenamientos extranjeros y, en su caso, de la doctrina y jurisprudencia respectiva. De este modo, a los apartados dedicados al *Derecho comparado* en muchos casos más bien les casaría mejor el nombre de *Derecho extranjero*. Por otra parte, aunque resulte imposible hacer seriamente comparación sin un conocimiento adecuado de los factores políticos, económicos, sociales y culturales que están detrás de la evolución de los ordenamientos, es muy frecuente realizar la comparación en el vacío, desde la abstracción de los puros datos normativos, como simple análisis estructural, no funcional, del Derecho. Además, la comparación tiende a ser más sincrónica que diacrónica, es decir, se analizan los datos de uno o varios ordenamientos procesales extranjeros sin tener en cuenta la evolución histórica que ha conducido a los mismos y que en buena medida los explica. En síntesis, la comparación se realiza normalmente como análisis estructural, sincrónico, microcomparatístico, descriptivo y aséptico. Metodológicamente, existe sincretismo y pluralidad.

Por lo que se refiere a las materias que son objeto de atención preferente desde la perspectiva comparada, no creo que se pueda sentar ninguna conclusión clara. Sería necesario hacer un examen completo de la literatura jurídica procesal española, pero creo que el resultado sería el de que todos los campos del Derecho procesal han sido objeto de tratamiento desde dicha perspectiva comparada. Cabría quizás pensar que ciertas materias como, por ejemplo, las garantías constitucionales del proceso o los principios de organización del Poder Judicial son más aptos para la comparación jurídica. Sin embargo, semejante afirmación es una mera especulación. Por el contrario, no cabe duda por lo que respecta a España de que existe una clara primacía de la *microcomparación* sobre la *macrocomparación*. El recurso al Derecho comparado es muy usual tratándose del análisis de instituciones concretas. Sin embargo, la comparación global de los sistemas jurídicos procesales es algo prácticamente ausente de la literatura procesal española.

Por razones sobre las que no es necesario extenderse, la comparación jurídica en el Derecho procesal español se circunscribe básicamente a los países de la familia jurídica europeo continental o de *civil law*, de la que España forma parte, y especialmente, como ha quedado dicho, respecto de Alemania e Italia. No obstante, aunque existe una clara conciencia de las notables diferencias que separan al Derecho procesal español, como todos los pertenecientes a la familia jurídica de *civil law*, de los sistemas de *common law*, se aprecia en los últimos años un mayor interés por el conocimiento y comparación con dichos países, especialmente con el ordenamiento norteamericano. La conexión con los países latinoamericanos ha sido siempre fecunda a través de muy diversas vías. El Derecho procesal español fue aplicado en la América española hasta su independencia y las leyes españolas del XIX fueron modelos de codificación.

La conclusión que se extrae de lo que se ha expuesto es que la relevancia del Derecho procesal comparado en España es escasa y que su importancia real se sitúa por debajo de la que deberla tener. Desde el punto de vista de lo que podríamos denominar cuestiones introspectivas del Derecho procesal comparado no he encontrado ninguna aportación doctrinal sobre el tema. Desde el punto de vista académico, el Derecho procesal comparado es una disciplina casi inexistente. Naturalmente, sí existe una moderada utilización del Derecho procesal comparado en los distintos niveles: básicamente en la doctrina, pero también en la jurisprudencia y en la legislación. Sin embargo, quizás como algo que debe reputarse común a todas las disciplinas jurídicas, el recurso al Derecho comparado es, como regla general, meramente descriptivo. Por otra parte, los análisis comparados en el Derecho procesal rara vez se ven completados con aportaciones procedentes de ramas no jurídicas. Además, predomina. La *microcomparación* sobre la *macrocomparación*, es decir, es más usual acudir a los datos del Derecho comparado respecto a instituciones jurídicas concretas que la elaboración de comparaciones globales de los sistemas jurídicos procesales. Debe señalarse igualmente que la comparación jurídica en el Derecho procesal está predominantemente ceñida a la familia jurídica europeo-continental o de *civil law* y, dentro de ella, destaca una copiosa aportación alemana e italiana, si bien en los últimos años se ha dejado sentir una mayor influencia de los sistemas de *common law*, especialmente del ordenamiento norteamericano.

Finalmente, la teoría y la práctica del Derecho procesal comparado no parecen tener especificidades relevantes que las distingan de la teoría y la práctica del Derecho comparado en general. Esta sumaria descripción de la situación del Derecho comparado en España aporta un saldo negativo desde el punto de vista de lo que debería ser, sobre todo teniendo en cuenta que el presente y el futuro nos muestran una rápida y progresiva internacionalización de las relaciones jurídicas, lo que aumenta aún más la necesidad y el valor de la compa-

ración jurídica en todas las ramas del Derecho y, en particular, en el Derecho procesal. No obstante, estas consideraciones generales no pueden hacer desmerecer la valía de las concretas aportaciones que sobre todo en el terreno doctrinal y, en menor medida, en la jurisprudencia y desde el terreno político con vistas a las reformas procesales, se han hecho y se hacen cotidianamente en España al Derecho procesal comparado. En este sentido, puede afirmarse con rotundidad que el Derecho procesal comparado es una disciplina en auge en España; auge que puede rastrearse en todas las ramas del Derecho procesal: en el Derecho procesal civil, penal, administrativo, laboral, constitucional, en la organización judicial, en el arbitraje, etc. Lo que a todas luces se echa en falta es una contemplación sistemática y continua del Derecho procesal comparado.

3. Sobre la influencia del modelo procesal civil italiano en España

Ilustre Profesor Vincenzo Varano

Madrid, 2 de diciembre de 2013

Querido Enzo:

Ante todo y sobre todo, quiero pedirte disculpas por haber tardado mucho más de lo razonable en responder a tu petición. Como cualquier justificación es imposible, no la intentaré. Solo espero que este pequeño texto llegue aún a tiempo. Si no es así, redoblo mis disculpas sinceras. Quiero decirte que, aunque lo que te traslado es responsabilidad mía, he contado con valiosas aportaciones de Andrés de la Oliva, que, aparte de hacer sugerencias, me ha manifestado que su pensamiento coincide con el mío, aunque estoy seguro de que, de haber sido él el autor, la aportación sería mucho más valiosa.

Creo que mis reflexiones sobre el tema de la influencia del modelo procesal civil italiano en España vienen a confirmar la que fue mi primera impresión al recibir tu carta: existe un inmenso *gap* o distancia entre la influencia doctrinal y la que pueda haberse dado en cualquier otro ámbito o por cualquier otra vía; hasta el punto de que mientras la influencia de la doctrina procesal civil italiana en España puede juzgarse básica, decisiva e incommensurable, cualquier otra influencia —por mucho que reflexione al respecto— me parece casi inexistente o como mucho anecdótica.

No puedo ni pretendo en estas líneas describirte el grado de importancia de la doctrina italiana en España. Cualquier cosa que diga a ese respecto sería insuficiente. Trataré de recorrer otro camino y exponerte algunas reflexiones asiladas.

1^a) Cualquier procesalista español siente como propias las obras de Chiovenda, Cornelutti o Calamandrei. Forman parte de su acervo (*acquis*). No le cabe duda ninguna de que, junto a la obras de los alemanes, el esqueleto conceptual/institucional en que vive es común y en buena medida herencia de una obra hecha por gigantes italianos (y alemanes).

2^a) Esta influencia es, sin duda, descendente. No estoy con ello diciendo que la calidad de la procesalística italiana deba ser hoy por hoy criticada. A mis ojos, sigue siendo muy alta y envidiable (dicho sin ningún complejo de inferioridad). Pero hay una *edad de oro* irrepetible, seguramente porque fue en la que los grandes maestros trazaron el sistema, el núcleo de las instituciones y los conceptos. Posiblemente lo mismo —quizás de forma aún más acentuada— se pueda decir de la doctrina alemana procesal civil de más categoría, que empieza a no ser conocida a fondo ni siquiera por ciertos procesalistas civiles alemanes.

3^a) En este sentido, me viene a la mente la idea de que si de un estudiante universitario que curse la materia *Derecho procesal civil* lo que queremos principalmente es que adquiera o se familiarice con un *núcleo duro* de conceptos e instituciones, da igual que estudie la materia en Italia o en España. Su bagaje intelectual será muy parecido.

La cosa cambia si de la dimensión de conceptos e instituciones básicas pasamos a la dimensión de los contenidos de las instituciones y de las regulaciones positivas, así como del funcionamiento práctico de la justicia civil en España e Italia.

Así, por ejemplo, me resulta difícil encontrar un solo ejemplo en el que se pueda afirmar que en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se siguiera el *Codice di procedura civile*. Hablo del contenido o regulación concreta de alguna institución. No veo un ejemplo en que se pueda decir: esto se tomó del c.p.c.

A este respecto, permítome un recuerdo personal. Durante mi estancia en Bologna en el *Collegio di Spagna* (en los ya lejanos 1988 y 1989), antes de preparar y redactar la tesis tenía que pasar dos exámenes, a mi elección, de la «*laurea*» italiana. Elegí «*Istituzioni di Diritto Processuale*», que preparé con el manual de Fazzalari; y «*Diritto processuale civile*», que preparé con el Mandrioli y el Redenti, más las extraordinarias clases de Federico Carpi. Debo decir que fue duro (al fin y al cabo, mi italiano en aquel tiempo era muy pobre) e instructivo. Pero si traigo a colación la anécdota es porque recuerdo que la dificultad no estaba en comprender los conceptos y las bases de las instituciones, lo que, siendo ya un licenciado español que había estudiado el Derecho procesal civil español bajo las enseñanzas de Andrés de la Oliva, era —debo decir— bastan-

te sencillo. Lo que me resultaba difícil era entender las regulaciones concretas que estudiaba (que en muchos casos diferían de las españolas) y aún más representarme la realidad a la que se referían.

Todavía muchos años después, por seguir con la experiencia personal, me sigue pasando lo mismo. Por ello, cuando en ocasiones he recurrido en estos años a la lectura de autores italianos o incluso de regulaciones concretas (incluyendo, por ejemplo, comentarios del *Codice*, como los de Carpi/Colesanti/Taruffo), ha sido —creo— mucho más para ilustrarme sobre *construcción conceptual* que sobre soluciones de regulación positiva.

Otra reflexión que quiero trasladarte (y que quizás en parte explique parte de lo anterior) es la siguiente. Bien sabes que de forma convencional todos los ordenamientos procesales civiles de *civil law* son considerados como pertenecientes a una misma familia. Yo no pretendo negar esto. Pero sí creo que se trata de una familia muy amplia y con miembros muy diversos, cuyas diferencias a menudo se pasan por alto. En este sentido, España es un miembro jurídico bastante peculiar de esa familia jurídica. Tiene una tradición histórica propia en su modelo procesal civil, que ha *resistido* a la influencia externa, o quizás se ha *aislado* de ella. Desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 hasta la actualmente vigente de 2000, pasando por la muy duradera Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la inspiración del legislador procesal civil español no procede de la experiencia legal y práctica italiana, como tampoco de la alemana.

Sin exagerar, hay *tópicos* de los grandes debates de las últimas décadas entre la procesalística europea (y, dentro de ella, señaladamente la italiana) que a un procesalista español le cuesta entender. Y hay rasgos de la ley, de la realidad y de la práctica españolas que a un italiano, o a un francés, o a un alemán, les cuesta entender. Me vienen a la cabeza, por ejemplo, nuestras preclusiones; o el secular sistema de apelación limitada. Así como hay aspectos de descripciones de los sistemas procesales europeos-continentales, por contraste con los anglosajones, en los que un español no se puede sentir incluido.

Quizás pueda extenderme un poco con algún ejemplo de lo que quiero decir.

El primero que se me ocurre (y que ya he citado) es el de la preclusión. La preclusión en el proceso civil español es, mirada con ojos de un italiano (o de un francés, o de un alemán) mucho más estricta o rígida. El sistema español impone una mayor carga de sustanciación de hechos y fundamentos de derecho en las primeras alegaciones, aunque la preclusión se encuentra flexibilizada por las normas que permiten alegar posteriormente hechos posteriores o hechos anteriores que la parte desconocía. Los efectos que este sistema produce son de dos tipos, a mi juicio. En primer lugar, impide la extraordinaria e indefi-

nida duración de la primera instancia que a menudo se produce en Italia. En segundo lugar, produce un efecto que me atrevería a definir de cultura jurídica o forense: el modo de actuación táctica o estratégica de un abogado español y de un abogado italiano difieren notablemente.

El segundo ejemplo que se me ocurre es la casación. Sin duda hay similitudes entre los debates italiano y español sobre la casación. Hay elementos en ese debate que son comunes a todo sistema jurídico. Sin embargo, hay un elemento que cambia, a mi juicio, cualquier aproximación comparada que pueda hacerse y que impide una real influencia recíproca. Mientras en Italia se constitucionalizó la casación, en España no. De esta diferencia deriva, a mi juicio, una gran dificultad o casi imposibilidad de influencia práctica recíproca, que no puede ser superada. Por decirlo así, la magna obra de Calamandrei sobre la casación civil seguirá siendo útil en España mientras la casación civil exista, pero la regulación positiva italiana sobre la casación, no.

En algunos ámbitos de la vida se suele afirmar que es importante tener más presente lo que nos une que lo que nos separa. En el ámbito de la comparación (y perdona mi atrevimiento al decir esto a un gran maestro del Derecho comparado), creo que con frecuencia olvidamos que la única manera de saber lo que nos une es estudiar lo que nos separa. Mis pequeñas experiencias de *microcomparación* entre dos sistemas aparentemente tan próximos como el italiano y el español me han convencido de esta impresión.

Por todo lo anterior, creo, por si te puede ser útil, que, si me viera forzado a formular una *tesis* sobre el tema que me planteas, sería —polémica, quizás— esta: no creo que se pueda hablar de una *circulación* del modelo procesal civil italiano en España. Lo que sí existió y subsiste es una influencia directa e inmensa de la obra de los procesalistas que fundaron el sistema.

Esperando que estas mínimas reflexiones te sean de alguna utilidad, recibe un muy fuerte abrazo,

Ignacio Díez-Picazo

IX | Metodología y ética de la investigación científica. La perspectiva procesalista en la decadencia de la universidad

Angelo Dondi

Catedrático de Derecho Procesal
Università degli Studi di Genova

SUMARIO: 1. SI UNA DEFINICIÓN ÉTICA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA TIENE SENTIDO HOY EN DÍA. 2. MUTACIONES EN CURSO DESDE HACE TIEMPO Y NECESIDAD DE REPENSAR LA ESTRUCTURA ACTUAL DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LAS UNIVERSIDADES ITALIANAS. 3. PROBLEMAS DE MANTENIMIENTO DE LOS ESTÍMULOS A LA INVESTIGACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.

1. Si una definición ética de la investigación científica tiene sentido hoy en día

No es nada fácil abordar un problema como el de la metodología de la enseñanza, en muchos sentidos considerado ajeno a los temas típicos y propios de una materia tan *soi-disant* técnica como el derecho procesal. Y, desde luego, lo es aún más si a esta perspectiva se añade la de la ética como *δέομαι*. Es decir, la de un tener que ser a varios niveles virtualmente privilegiado para gestionar mejor la función docente dentro de una institución como nuestras facultades (o departamentos) de derecho en el contexto de una ya evidente crisis de nuestra universidad. Es entonces esencialmente a causa de una pérdida de frenos inhibitorios debida a la edad que me encuentro desde hace tiempo considerando esta cuestión digna de atención y al menos de denuncia, atreviéndome sin embargo a hablar de ella tal vez perturbando o distrayendo de otros dilemas más apremiantes relativos precisamente al «derecho real», especialmente al derecho procesal.

Confieso, por otra parte, que mi interés por la cuestión del modo —o, si se quiere, de la ética— de la investigación científica me ha acompañado en muchos sentidos a lo largo de toda mi carrera profesional, es decir, desde hace mucho tiempo. Puede que se debiera a mi elección comparativa o a mi frecuentación de realmente grandes maestros, pero debo decir que en cualquier caso para mí la elección de los temas o la manera de abordarlos nunca me ha parecido neutra¹. No negaré que a ello ha contribuido una considerable incertidumbre acerca de mi autocategorización como jurista en sentido propio; lo cual, por exagerar en lo autobiográfico, probablemente ha reflejado siempre una sensación de inadecuación con respecto a tal función debido a su objetiva prominencia pública y... política dentro de cualquier contexto social. Pero desde tal perspectiva de semi o no-jurista, me ha resultado un tanto natural plantearme —casi desde fuera, por así decirlo— *cómo ser jurista*; y ello especialmente, dado que tal ha sido principalmente mi experiencia, en lo que se refiere a serlo en la enseñanza institucional del derecho, en nuestro como en otros modelos universitarios.

Es precisamente desde esta perspectiva incierta, y en cierto modo inevitablemente crítica, desde la que me atrevo a plantear la cuestión de si todavía hoy tiene sentido hablar de investigación científica. Digo esto refiriéndome a la propia realización de actividades de investigación en nuestra universidad, dada la configuración que ha asumido en nuestra universidad actual la función del llamado «profesor» o, como solía denominarse con más frecuencia, del catedrático.

Anticipándome un poco al contenido de estas escasas consideraciones, añadiré también que en esta clave intentaré comparar el papel actual de esta figura con el pasado; de hecho, un pasado relativamente reciente, derivando tales consideraciones de mi experiencia personal como estudiante, como «asistente» y luego como joven profesor entre los años setenta y noventa. Todo ello teniendo como trasfondo inevitable la llamada función catedrática en las facultades italianas de derecho. Pero eso no es todo, ya que en las consideraciones que siguen se manifestarán también opciones, elecciones valorativas y, en todo caso, propensiones o preocupaciones en torno a un «deber ser» referido tanto a esta función como al papel global de la universidad en nuestra sociedad.

1. Pidiendo disculpas de antemano por las muchas autocitas, respecto a esta visión derivada de mis grandes *Maestri*, véase Dondi, *Taruffo comparatista — Uno sguardo originale ai problemi del proceso civile*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 458 y sig.; id., *Una visión partidista de los acontecimientos de la Scuola Italiana de derecho procesal (civil) en la segunda mitad del siglo XX*, en *Justicia* 2018, 39 y sig.

2. Mutaciones en curso desde hace tiempo y necesidad de repensar la estructura actual de la enseñanza del derecho en las universidades italianas

Soy consciente de que la referencia al pasado (sea de la universidad, sea al pasado en general) puede hacer que el discurso aquí propuesto parezca fundamentalmente conservador. Pero creo poder afirmar sin temor a equivocarme que no es así y que, de hecho, la intención general es cualquier cosa menos abogar por cualquier conservación. En concreto, no se pretende para nada preservar el *Stand der Dinge* tal y como son en la realidad presente.

En la medida en que sirve para cambiar este estado de cosas, la referencia a un «pasado mejor» en lo que a la universidad se refiere, creo que debe vincularse a la existencia en la universidad del pasado de valores y estándares de calidad particularmente fuertes². De ahí también la atribución a la institución-universidad de una función estructuradora de la sociedad, lograda sobre todo a través de la selección cualitativa según criterios públicos y rigurosamente aplicados de la futura clase dirigente nacional. Circunstancia, ésta, que —como ahora se dirá— no tiene, a su vez, ningún carácter conservador, elitista o hasta cierto punto antidemocrático; en mi intención, totalmente, al contrario.

Quiero ser inequívoco sobre mi enfoque ideológico al respecto. Creo que la selección resultante de una educación elevada y completa, que se ha de llevar a cabo precisamente en la universidad, es intrínsecamente democrática; esto es así en cuanto pública y controlable, además de proporcionarse a prácticamente todo el mundo en función de sus méritos. Y es en gran medida en torno a esta concepción general en la que se basan las siguientes consideraciones relativas a la situación actual por lo menos de la universidad italiana.

Lo que quisiera decir en primer lugar es que, de hecho, hoy ya no existe esa perspectiva de aspiraciones con respecto a la universidad. Creo, en otras palabras, que se ha roto un equilibrio de atribuciones y deberes, muy antiguo, pero esencialmente estable desde hace más de dos siglos. Un equilibrio que significaba que, por un lado, tradicionalmente y *ex professo*, la sociedad confería competencias y respeto a la estructura universitaria y, por otro lado, esta estructura... se las arreglaba cumpliendo su fundamental función formativa, selectiva y estructuradora de una *ruling class* en gran medida fiable³.

2. Por una respetuosa, aunque incompleta, referencia a los estudios dedicados a estos temas por el amigo que honramos, véase Cachón Cadenas, *Otras historias de procesalistas y del proceso*, 2022, *passim*.

3. Por ejemplo, véanse Taruffo, *L'insegnamento accademico del diritto processuale civile*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 551 y sig.; Proto Pisani, *Facoltà di giurisprudenza vecchia e nuova*, en *Foro it.* 2022, V, 206 y sig.

Yo fecharía este colapso del equilibrio ahora indicado hace más o menos treinta años. Esto significa que no tendería a situar la mutación mencionada en las proximidades de las grandes protestas que hacia finales de los años sesenta afectaron a instituciones como las universidades en todo el mundo occidental. Aunque evidentemente considero cruciales esas protestas por las tensiones políticas y culturales que subyacían en ellas, identificaría más bien el verdadero *impulso* que ocasionó la transformación que invistió a la universidad en el llamado «fin de la modernidad», la posmodernidad o *à suivre* —y con una conciencia crítica muy diferente— en la cultura de la complejidad que caracteriza el momento actual a partir de la última década del siglo XX.

Por lo que respecta a Italia en particular, quisiera añadir una referencia a un acontecimiento de absoluta importancia en relación con lo que se dirá. Me refiero a lo que también se ha definido como una «mutación antropológica» del pueblo italiano, que siguió *grosso modo* a la interrupción de una vía político-institucional (primera república) y al inicio en 1994 de otra vía (segunda república). Una mutación, en efecto, de una profundidad nada desdeñable en el plano cultural en general, así como de la llamada «ética social»⁴. Casi todas las transformaciones de nuestra universidad siguieron a este acontecimiento fundamental.

Llegamos por fin, y después de tan larga introducción, a estas mutaciones. Una de ellas es macroscópicamente evidente y consiste en un dato léxico que ahora se suele pasar por alto, pero que supone un claro alejamiento de la tradición pasada. Me refiero, de forma bastante intuitiva, a la sustitución casi total del término «facultad» por el de «departamento» para indicar los contextos o vías de estudio y formación profesional más amplios y característicos del ámbito universitario. Que quede claro: no es en absoluto «nostálgico», ni *retro*, lo que quiero subrayar con esta referencia. Sin embargo, aplicando criterios básicos de atribución de significado real a las palabras, parece bastante claro que el término «departamento» señala la transformación a favor de —o, en todo caso, el avance hacia— una corporativización del contexto universitario, de un lugar donde se estudian problemas a un lugar donde se fabrica/produce/comercializa algo⁵.

Es en este contexto en el que se produce un cambio crucial de perspectiva hacia valores diferentes con respecto a la configuración, ciertamente tradicional y arraigada, de la universidad como la máxima institución a nivel nacional de enseñanza y aprendizaje de altos conocimientos. Creo que el núcleo de esta

4. Sobre una tal mutación de la sociedad italiana, por ejemplo, véase Ricolfi, *La società signorile di massa*, 2019, *passim*

5. Dondi, Nieve Fenoll, *Post-università – Da luogo di elaborazione scientifica a mero provider*, en *Nuova antropologia* 2020, n. 2295, 55 y sig.

mutación puede verse en una progresiva devaluación del papel de la universidad dentro de la sociedad italiana; y que esto se ha logrado a través de la igualmente progresiva descalificación de la función —de enseñanza, aprendizaje y selección— relacionada con este papel. En apoyo de esta mutación identificaría la idea de que la universidad... no sirve para nada, o al menos sirve mucho menos que antes, y en cualquier caso no es realmente esencial ni únicamente calificativa.

Se trata de una visión que se ha extendido y asentado a lo largo del tiempo y que, ciertamente, se distribuye de forma diversa en función de los disvalores atribuidos, por así decirlo, a cada una de las «piezas de la universidad». Así, podemos afirmar (o, más bien, hipotetizar) que sigue existiendo en nuestra sociedad una cierta dependencia, aunque cada vez más residual, de las llamadas *hard sciences*, como la medicina y las ciencias exactas (química, física, matemáticas, ingeniería, por ejemplo). Pero no se puede decir lo mismo de las llamadas *humanities* o *humanités*; en definitiva, de las que antaño se definían como disciplinas, como tales implícitamente no... exactas e inevitablemente fundadas en un sustrato de (debida) incertidumbre, además de remitir a múltiples lecturas que pueden vincularse a la idea típica del intelectual⁶. El hecho de que en Italia no se lea —al menos no tanto como en otros países occidentales— y, de hecho, se lea cada vez menos, puede proporcionar una explicación básica del porqué de esta actitud negativa y, más aún, del sustancial desprecio por la figura del intelectual.

Más allá de esta observación, que ciertamente corre el riesgo de caer en la banalidad, hay que señalar que el derecho ciertamente puede ser categorizado (siempre lo ha sido y previsiblemente lo será en el futuro) como una disciplina, y que su estudio pertenece al ámbito de las llamadas *humanities*. Pero hay que añadir de inmediato que, entre las demás, el derecho se configura en todo caso como una disciplina «aparte», por así decirlo. Digo esto porque en ella están diversamente presentes e íntimamente mezclados elementos de contacto directo con la realidad práctica, en todo caso con el contexto de las relaciones humanas y económico-sociales y, además, con una implicación de regulación e intervención en la realidad según criterios en constante posibilidad y deber de reelaboración.

Es inevitable que todo ello tienda a afectar al estudio del derecho, tanto si se considera como contexto de aprendizaje como si se considera como estructura de enseñanza. En relación con ambos aspectos, me gustaría expresar algunas

6. Sobre esta cuestión y distinción, recientemente, véase por ejemplo Morin, *Encore un moment...*, 2023, 32 y sig.

impresiones que confirman, desgraciadamente, las consideraciones ya realizadas sobre la crisis de la universidad italiana. En efecto, el contexto universitario de aprendizaje del derecho parece particularmente emblemático de este estado de crisis.

Al igual y más que otras áreas, nuestras abogacías parecen haberse visto afectadas muy negativamente por los cambios culturales que se han producido, como se ha dicho, en los últimos treinta años. Creo que es muy probable que esto esté relacionado con la circunstancia de las salidas profesionales típicas que siempre han constituido su carácter básico y, por así decirlo, institucional. De hecho, creo que, sobre todo en los últimos treinta años, la distancia entre la existencia de tales salidas a nivel institucional y la aptitud digamos de *professionalizing* real de los cursos impartidos en nuestros departamentos de derecho se ha ido ampliando progresivamente.

Desde luego, esto no me lleva a pensar en la transformación *tout court* de estas instituciones en *professional schools* según el modelo de la *law school* estadounidense. La circunstancia sería, de hecho, completamente impensable, aunque sólo fuera por la diferente recíproca ubicación en el *curriculum* universitario, ya que nuestras facultades o departamentos se inscriben tradicionalmente no en el contexto de *post-graduate* más avanzado típico de las *law schools*, sino —en la medida en que siguen inmediatamente a los estudios de bachillerato— en un contexto aproximadamente asimilable al llamado nivel *graduate*⁷. Para dar un sentido real a todo esto creo, de hecho, que son necesarias otras consideraciones al respecto; y que hay que fijarse, en particular, en la percepción que se tiene en la sociedad tanto de la función actual de la enseñanza universitaria del derecho como del papel que desempeñan los profesores en este contexto.

3. Problemas de mantenimiento de los estímulos a la investigación desde la perspectiva de la enseñanza del derecho procesal civil

Esta percepción se corresponde con lo expuesto anteriormente sobre la devolución de la cultura en mi país.

En lo que nos interesa, este fenómeno adopta la forma de una atribución ya no absoluta de fiabilidad a la formación institucional tradicionalmente impartida

7. Dondi, *Un-Horizontal Legal Upbringing as a Problem of Cultural and Professional Interaction – The U.S. and Italian Models Compared*, e, ZZP Int 2010, 77 y sig

por la universidad, incluso por lo que se refiere a competencias profesionales típicas como las —por resumir, entre otras— de abogado, juez y notario. Por supuesto, el dato institucional permanece inevitablemente, ya que la obtención de un título de enseñanza superior como la «*laurea magistrale*» es precisamente el requisito previo necesario para acceder a estas profesiones. Pero, por así decirlo, el valor educativo de la carrera universitaria ha disminuido progresivamente en los últimos treinta años, en combinación con la doble —e íntimamente conflictiva— creencia de que, por un lado, esto «*non basta*», ya que en realidad se necesitan otros valores o aptitudes. De ahí, por otra parte, la idea generalizada de que la enseñanza universitaria constituye un mero pasaje y que, por tanto (a la luz de una concepción en Italia mal concebida del «*diritto allo studio*») no debe o no puede tener objetivos democráticamente selectivos, además de efectivamente formativos⁸.

Ya he descrito este fenómeno en otro lugar, añadiendo que a su vez se combina con la devaluación de las universidades estatales en particular, siendo la menor —más bien involuntariamente, pero sería demasiado complejo desarrollar aquí el discurso— la desconfianza por las universidades privadas y en particular por sus cursos de *humanities* así como, si cabe, de forma aún más manifiesta por los de derecho.

En cualquier caso, lo que parece más pertinente subrayar aquí es precisamente en qué dirección se mueve esta devaluación o pérdida generalizada de respeto. Y creo que ello se refiere, sin duda, en particular a dos elementos que antaño se consideraban indispesablemente ligados a la idea de universidad y, sobre todo, de Facultad de derecho; a saber, la calidad (pero también el atractivo) de la docencia o la cátedra y, de forma aún más demoledora en muchos aspectos, la actividad investigadora. Reconozcámolo, estos dos aspectos que han caracterizado a nuestra universidad durante siglos, entre y junto con otras universidades del mundo, están hoy de hecho... atacados.

A pesar de su evidencia, el *cómo* y el *porqué* de este ataque no son fáciles de describir. Debemos remitirnos una vez más al cambio cultural que se ha producido en las últimas décadas y a la pérdida de valores que lo ha caracterizado; en esencia, a la prevalencia casi absoluta en nuestra sociedad de un valor como el del dinero (y el éxito unido a él). Es en este nuevo contexto en el que se sitúa, con toda justificación, el drástico declive del *appeal* tanto del papel del profesor universitario como de la actividad investigadora como componente esencial, y probablemente prevalente, de la docencia universitaria.

8. Dondi, Nieve Fenoll, *Dialogos sobre la docencia de derecho procesal*, en *Justicia* 2017, 331 y sig.

Ya hemos indicado las razones (esencialmente consistentes en la necesaria combinación de elaboración cultural y enseñanza-aprendizaje de conocimientos prácticos aplicables a la realidad) por las que esta devaluación general afecta particularmente a la formación universitaria institucional todavía *ex professo* debida a la facultad de derecho. Baste añadir que tanto el cargo de profesor como la actividad investigadora en el ámbito del derecho parecen decididamente incoherentes y fundamentalmente incompatibles en el espíritu o sentimiento generalizado del «nuevo contexto». En efecto, ambos elementos pertenecen, en la medida en que no implican una commensuración directa del compromiso (o *tout court* del esfuerzo) con ganancias de naturaleza económica, a un sistema de valores que, por triste que sea, es realista considerar superado⁹.

A la inversa, por lo que respecta a las transformaciones que han afectado a las facultades o departamentos de derecho, también hay que admitir que la evolución que ha tenido lugar en los últimos treinta años ha distorsionado en cierta medida las posibilidades de realizar una enseñanza jurídica eficaz. Ha sido un empobrecimiento global, conseguido, por así decirlo, por extensión mediante la invención de nuevas asignaturas y la multiplicación de los exámenes, pero sin ningún refuerzo serio de las enseñanzas verdaderamente formativas en una perspectiva de profesionalización. Creo, en efecto, que podría decirse que el reflejo de todo ello en los exámenes o disciplinas inevitablemente más esenciales a nivel profesional ha sido, en última instancia, un empobrecimiento general, hasta el punto de convertir estas disciplinas en una especie de residuo engoroso en la medida en que son «difíciles», «incómodas» e inevitablemente «selectivas»¹⁰.

De veras el malentendido en torno al cual, *in bonam partem*, parece haberse formado esta nueva idea de cómo debían transformarse las facultades de derecho italianas, creo que consistía en la idea de que las asignaturas «técnicas» eran... sólo técnicas; en definitiva, carecían de la suficiente perspectiva cultural tanto en lo que se refiere a la fascinación de las nuevas generaciones de estudiantes como a la capacidad de captar las complejidades de la realidad actual. Pero, *in malam partem*, creo que —a través de la *fictio* descalificadora antes mencionada— el objetivo principal era hacer menos rígido el curso de los estudios institucionales de derecho y más fácil su realización. Y es así como la universidad ha renunciado en cierta medida a la evaluación de la calidad y, en última instancia, a la selección, trasladando sustancialmente esta selección a otros ámbitos (pienso sobre todo en las selecciones en despachos o empresas)

9. Dondi, *Enseignements du droit procédural et maieutique scientifique dans décadence de l'université – Moindres considérations du côté italien*, en *Mélanges Cadet* 2023, 487 y sig.

10. Dondi, *Etica della ricerca nella decadenza dell'università*, en *Foro it.* 2024, IV, 172 y sig.

intrínsecamente carentes de estándares públicos, igualitarios y, por tanto, íntimamente democráticos.

Llegando a la *fictio* relativa a las materias técnicas, confieso que me encuentro quizás por primera vez en mi vida profesional —dado al menos el enfoque comparatista que siempre he seguido— hablando en *procéduriste*. Pero también como comparatista procesal creo poder afirmar que marginar las materias técnicas —como, por supuesto, el derecho procesal civil— en cuanto supuestamente «sólo técnicas» carece de todo fundamento; y ello precisamente desde un punto de vista cultural. Incluso prescindiendo de la circunstancia de que toda la cultura jurídica anglosajona ve en el *procedural law* su núcleo problemático, filosófico y normativo, basta aquí con referirse a los nombres de Calamandrei, Denti, Cappelletti y mi mentor Michele Taruffo, por citar sólo algunos de los muchos intelectuales del derecho que son a todos los efectos procesalistas («*processualcivilisti*», de hecho, para manifestarme un poco chauvinista).

Pero como se ha dicho, o al menos como yo tendería a creer, el problema es de otro tipo. Las enseñanzas del derecho procesal imponen un rigor, incluso léxico, y conllevan una atención muy especial por parte de los estudiantes. Además, se refieren a problemas de intervención del derecho en la realidad en una función de *redress* que las hace objetivamente diferentes y, por tanto, anómalas respecto de otras enseñanzas. Además —implicando el problema de la toma de decisiones por lo menos virtualmente estratégicas— implican para los estudiantes la configuración de sí mismos como abogados o como jueces, rompiendo así la nube de abstracción conceptual justificable en los estudios del llamado derecho sustantivo.

Por estas y otras razones el derecho procesal conlleva un conocimiento algo profundo de la realidad que rodea al derecho; de los problemas económicos y sociales, así como de las limitaciones o adquisiciones de la ciencia que eventualmente puede utilizarse para el conocimiento de las complejas circunstancias que concurren en un litigio jurídico. Además, tales opciones ponen (deberían poner) ante el estudiante el problema de un camino determinado, tipificado; en definitiva, de la necesidad de utilizar —o mejor, de saber utilizar— una liturgia... un «rito» precisamente. Por tanto, también plantean el problema de la posible modificación de dicha liturgia, y de cómo —o según qué criterios, por así decirlo, filosóficos— conseguirlo. Circunstancias todas ellas que catalogan poderosamente al derecho procesal como un derecho ‘problemático’ y, como tal, íntimamente ‘cultural’.

Si esto está en consonancia con el estado de ánimo imperante es, como mínimo, una cuestión discutible. Me guío por mis impresiones, ya que mi condición

de profesor ya jubilado me lo permite. Y esas impresiones son que el tema es... para unos pocos; de hecho, más para unos pocos hoy que en la década de 1970, cuando yo era estudiante. La ingenua sensación de que el proceso civil en particular era el área del derecho apta para provocar transformaciones y proteger derechos, incluso crear nuevos derechos, no me parece tan presente y participada por el llamado «estudiantado» de hoy. Lo que prevalece, creo y espero equivocarme, es una especie de aburrida desconfianza en esta vocación del derecho procesal civil, en consonancia con una desconfianza general en la posibilidad real de obtener realmente justicia a través del juicio (y en que el propio juicio sea un instrumento para la búsqueda de la verdad).

De ahí también —me parece— una visión poco entusiasta, extendida en la sociedad y desgraciadamente también entre los estudiantes e incluso entre los mejores de ellos, por la investigación; y especialmente en un ámbito tan poco *glamour* como el del proceso civil, ciertamente muy arduo, pero igualmente indispensable para la protección de las demandas sociales y la justicia. La verdad es que la investigación y su transformación en «trabajo intelectual como profesión», como suele decirse, ya no está de moda.

Por otra parte, cabe señalar que, en la actualidad, el papel del profesor universitario de derecho se entiende predominantemente, por lo menos en la sociedad italiana actual, sólo como el de alguien que «da clases», ignorando casi por completo la existencia de una vertiente amplia y decididamente *demanding* de actividad investigadora. Que tal ignorancia manifieste una fuerte devaluación de este compromiso, hasta el punto de considerarlo esencialmente inútil y superfluo, es bastante probable. Y es igualmente probable que haya en ella un favor latente y casi una sugerencia de que incluso la actividad de enseñanza universitaria del derecho adopte la forma de una mera constatación sin problemas de la realidad existente.

También creo que, aunque desesperante, es inevitable ver que este «nuevo contexto» expresa ahora, por lo menos en mi país, una «nueva cultura» dentro de la cual es impensable que la universidad, como cátedra (o *professorship*) y actividad de investigación, pueda seguir teniendo alguna fascinación para los jóvenes.

X | Autogobierno y heterogobierno del poder judicial: el Consejo General del Poder Judicial entre la reforma constitucional y la modificación legislativa

Juan Carlos Gavara de Cara
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. LA LÓGICA CONSTITUCIONAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: LA DICOTOMÍA ENTRE AUTOGOBIERNO Y HETEROGOBIERNO JUDICIAL. 2. LA DESIGNACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CGPJ: EVOLUCIÓN, CRITERIOS ACTUALES Y NECESIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL. 3. LA REFORMA LEGISLATIVA DE LA ESTRUCTURA INTERNA DEL CGPJ: DE UN ÓRGANO COLEGIADO A UN PRESIDENCIALISMO JUDICIAL Y UN HETEROGOBIERNO ENCUBIERTO. 4. LAS FUNCIONES DEL CGPJ: LA OPCIÓN POR EL AUTOGOBIERNO RELATIVO. 5. LA REFORMA CONSTITUCIONAL: LAS ALTERNATIVAS A POTENCIAR EN EL GOBIERNO JUDICIAL.

1. La lógica constitucional del consejo general del poder judicial: la dicotomía entre autogobierno y heterogobierno judicial

El art. 122.2 CE define al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) como el órgano de gobierno del Poder Judicial, con la finalidad de ejercer exclusivamente funciones administrativas, ejecutivas y de gobierno, pero, en ningún caso, de carácter jurisdiccional. Se podría considerar que el CGPJ es un órgano necesario dentro de un Estado democrático de Derecho con separación de poderes, por tratarse de órgano constitucional ajeno al poder ejecutivo que ejerce la función de gobierno del Poder Judicial (nombramientos, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces y magistrados e inspección de Juzgados y Tribunales). No obstante, la realidad es que un órgano de gobierno de este tipo no se encuentra generalizado en los sistemas constitucionales occidentales, ya que existe en pocos Estados de

nuestro entorno, siendo el principal caso a nivel comparado el de Italia¹¹, a pesar de ser una opción que se va extendiendo en nuestro contexto (Francia, Portugal, Bélgica). En la mayoría de los Estados no se recurre a este sistema y se entiende que estas funciones pueden ser desarrolladas por el Ministerio de Justicia, en la medida que son actividades regladas, y en el caso de los expedientes y sanciones disciplinarias se considera suficiente que la competencia recaiga en las salas de gobierno que existan en los respectivos Tribunales, sin necesidad de crear un órgano específico como el CGPJ¹².

El establecimiento en la Constitución de un CGPJ obedece al deseo de garantizar la independencia judicial, separando a los jueces de las influencias que sobre ellos pudiera ejercer el Gobierno a través del Ministerio de Justicia. Sin embargo, no puede dejar de ser reconocido que en una democracia existen o al menos deberían existir suficientes mecanismos de garantía y de control sobre el Gobierno sin necesidad de recurrir a la creación de un órgano tan específico. No obstante, en las actuales circunstancias los crecientes intentos de influenciar políticamente en el Poder Judicial, da lugar a que más que de una situación de judicialización de la política, nos encontremos en un verdadero proceso de politización de la justicia por lo que se puede considerar este tipo de órganos como necesarios e imprescindibles en el actual contexto como plena garantía de la independencia judicial.

El CGPJ es el órgano de gobierno del Poder Judicial, sin que pueda ser considerado un órgano de naturaleza consultiva, ni un órgano de autogobierno del Poder Judicial, sino un órgano autónomo que desempeña determinadas funciones, cuya asunción por el Gobierno puede enturbiar la imagen de independencia judicial. El CGPJ es un órgano externo al Poder Judicial, por lo que no se puede considerar como un representante de los intereses de jueces y magistrados, ni como órgano puede ejercer la función jurisdiccional. En este sentido, a pesar de que su uso es generalizado, la expresión autogobierno del Poder Judicial es utilizada en un sentido impreciso, ya que sus funciones se aproximan más a una autonomía en la gestión de sus atribuciones y competencias asignadas, sin que conlleve una autonomía de carácter político con libertad de decisión sobre asuntos de carácter general. En sentido estricto, un autogobierno judicial implicaría un gobierno de los jueces, por los jueces y para los jueces,

11. Sobre el Consejo General del Poder Judicial, TEROL BECERRA, M. J., *El Consejo General del Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1990; BALLESTER CARDELL, M., *El Consejo General del Poder Judicial. Su función constitucional y legal*, CGPJ, Madrid, 2007; SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., *La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial español y sus homólogos europeos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; GERPE LANDÍN, M.-CABELLOS ESPÍERREZ, M.A., (coord.), *El gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico. Evolución y perspectivas de reforma*, Marcial Pons, Madrid, 2013; AGUIAR DE LUQUE, L. (ed.), *Independencia judicial y Estado constitucional. El gobierno judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016.

12. STC 108/1986 FJ 4

con una asunción integral de las funciones de gobierno del Poder Judicial. Sin embargo, un modelo tan radical no encuentra acomodo ni en nuestro sistema, ni en ningún otro del sistema comparado¹³.

En general, las atribuciones del CGPJ no pueden ser sustancialmente alteradas, sin modificar la finalidad que justifica la existencia misma del propio CGPJ, es decir, sustraer al Gobierno la gestión de la carrera judicial (nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario), de manera que no se pueda condicionar su independencia por esta vía indirecta. En este sentido, la lógica del autogobierno o del heterogobierno no pueden ser modificadas sin reformar las bases mismas del Estado social y democrático de Derecho, dada su conexión con los principios constitucionales en los que se asienta el ejercicio de la función judicial. Una Constitución con sus aciertos y sus problemas no puede ser radicalmente reformada tras cuarenta años de vigencia en un elemento esencial como es la independencia judicial¹⁴, ya que el CGPJ se justifica por ser el órgano instrumental destinado a su protección y refuerzo y elemento esencial para evitar la politización de la justicia. En este sentido, aunque la función de gobierno del Poder Judicial es una función materialmente ejecutiva e instrumental a la función de juzgar que, por su naturaleza administrativa, puede ser ejercida por el Ministerio de Justicia, se sustraer a este desde el momento en que se reconoce autonomía institucional al Poder Judicial a través del CGPJ. En definitiva, se actúa del mismo modo que se reconoce a los otros poderes del

13. El CGPJ es un instrumento que el ordenamiento establece para asegurar y garantizar la independencia del Poder Judicial, de forma que al hacer valer sus propias competencias defiende y reafirma esa misma independencia (STC 45/1986 FJ 5). El CGPJ desempeña su papel siendo órgano de gobierno —y no de autogobierno—, para lo que se requiere que ocupe una posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos (STC 108/1986 FJ 10). En la STC 191/2016 FJ 5 se señala que el CGPJ es, por determinación constitucional, órgano de gobierno del Poder Judicial (art. 122.2 CE), poder de configuración plural (STC 45/1986 FJ 5), encarnado en jueces y magistrados a los que la norma fundamental atribuye, en exclusividad, la función de administrar justicia con independencia, inamovilidad y responsabilidad y sin otro sometimiento que el debido al imperio de la ley (art. 117.1 y 3 CE), configurado como órgano autónomo y separado (STC 108/1986 FJ 7) al que atribuyó, sin perjuicio de las demás competencias que le confiriera la ley, el ejercicio necesario de algunas de las funciones que más podrían servir, en poder de otros órganos, para influir, o así intentarlo, sobre los titulares del Poder Judicial.

14. En general, sobre los principios constitucionales del Poder Judicial, vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P.-MOVILLA ÁLVAREZ, P., *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986; DIEZ PICAZO; L. M^a, *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991; DELGADO DEL RINCON, L.E, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, CEPC, Madrid, 2002. Sobre independencia judicial, vid. REQUEJO PAGES, J. L., *Jurisdicción e independencia judicial*, op. cit., p. 97 y ss.; LÓPEZ AGUILAR, J. F., *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996; MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La independencia judicial*, CEPC, Madrid, 2004. Sobre responsabilidad judicial, DÍEZ-PICAZO, I., *Poder judicial y responsabilidad*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1990; MONTERO AROCA, J., *Independencia y responsabilidad del juez*, Civitas, Madrid, 1990; MONTERO AROCA, J., *Responsabilidad del juez y del Estado por actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988; DELGADO DEL RINCON, L. E., *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, CEPC, 2002; GAVARA DE CARA, J. C., «Poder Judicial y reforma de la Constitución», en AAVV, *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución Española*, Enrique Álvarez Conde (dir.)-Manuel Álvarez Torres (coord.), Comares, Granada, 2017, p. 334-355.

Estado, Parlamento y Gobierno, independencia funcional y autonomía institucional, convirtiéndose en un elemento de la caracterización constitucional del Poder Judicial en nuestro sistema¹⁵.

En resumen, el autogobierno judicial no puede implicar una autonomía plena y absoluta, ya que muchas competencias son necesariamente compartidas con el poder ejecutivo, debido a que afectan tanto a aspectos internos o presupuestarios conectados a medios materiales o personales, como a la actividad internacional del Consejo que debe ser coordinada con el Ministerio de Asuntos Exteriores, así como la proyección internacional y la cooperación internacional del CGPJ que debe realizarse dentro del marco del art. 97 CE, que encomienda al Gobierno la dirección de la política exterior.

En la medida en que está llamado a hacer efectiva la independencia judicial, el Consejo General del Poder Judicial ha de gozar de una posición adecuada para desempeñar eficazmente sus atribuciones. La posición del CGPJ no puede ser precaria o subordinada, de modo que se han establecido los instrumentos para preservar su autogobierno al incluir al Consejo General entre los órganos que pueden promover el conflicto entre órganos constitucionales del Estado (art. 59.1 LOTC), con lo que se deduce que no tiene dependencia jerárquica ni funcional de otros órganos, puede autoorganizarse dentro de los márgenes que le conceden la Constitución y la LOPJ, con potestades de carácter administrativo y dispone de autonomía presupuestaria. La falta de dependencia, su autonomía, del Consejo General no significa exención de controles sobre su actuación, ya que sus actos y sus disposiciones están sometidas al enjuiciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (art. 58 LOPJ y 12 b LJCA).

La opción seguida por las Cortes Constituyentes de encomendar el gobierno del Poder Judicial a un órgano colegiado ajeno al Poder Ejecutivo, pero también externo a la organización de los juzgados y de los tribunales, se abrió paso en Europa a partir de 1946, de forma que los antecedentes comparados se pueden situar en la Constitución de la IV República francesa que fue la primera en crear un Consejo con cometidos de gobierno del Poder Judicial, así como en la Constitución italiana de 1947 y en la Constitución de la V República francesa, pasando a continuación a la Constitución portuguesa de 1976 y a la española. Más tarde, esta institución se extenderá por Europa oriental tras la caída del muro de Berlín y la desaparición de la Unión Soviética y se implantará en países de la Unión Europea que no la habían introducido con anterioridad como Bélgica;

15. GERPE LANDÍN, M., «El Gobierno del Poder Judicial en el constitucionalismo europeo continental: Francia, Italia, Portugal y España», en AAVV, *La división de poderes: el Poder Judicial*, ICPS-Universitat de Lleida, Barcelona, 1996, p. 13

asimismo, se establecerá en muchas repúblicas latinoamericanas¹⁶. La principal característica distintiva de la opción española es la ausencia en el seno del Consejo de toda presencia del Poder Ejecutivo, al menos en el aparente diseño constitucional, ya que la realidad mostrará como existen más implicaciones recíprocas que las aparentes. Además, como nota distintiva, el CGPJ en el ejercicio de sus atribuciones participa activamente en el ámbito de la administración de justicia al poder ejercer la coordinación cooperativa entre el Ministerio de Justicia y los gobiernos de las comunidades autónomas con competencias en la materia.

En general, se identifican tres modelos de gobierno judicial¹⁷, el modelo externo en el que las principales decisiones sobre el estatuto judicial están atribuidas a órganos externos al Poder Judicial, de forma que el nombramiento de los jueces se realiza por el Poder Ejecutivo sin que exista una carrera judicial (Estados Unidos de América); el modelo interno en el que de forma directa o en virtud de recurso ante las propias instancias judiciales se resuelven las cuestiones que afectan al estatuto de modo que la intervención ministerial tiene un carácter reglado; y el modelo institucional, caracterizado por la existencia de órganos de gobierno judicial ajenos al Poder Ejecutivo, que deben resolver las cuestiones que afectan al estatuto de los jueces. En este último modelo se puede distinguir el sistema francés con un órgano de gobierno sin predominio de miembros judiciales, con competencias no plenas y concebidas como auxiliar del Presidente de la República, y el sistema italiano con un órgano de gobierno con predominio de miembros judiciales, amplias competencias y mayor autonomía respecto al Poder Ejecutivo.

Estos modelos y sistemas o variantes se pueden situar en un mayor grado de heterogobierno (Estados Unidos) o una mayor estructuración de autogobierno

16. Sobre los antecedentes y la evolución de los órganos de gobierno judicial en el Derecho comparado, vid. VIANA GARCÉS, A., «Perspectivas de un análisis comparado de la estructuración orgánica del gobierno del Poder Judicial», en AGUIAR DE LUQUE, L. (dir.), *El gobierno del Poder Judicial. Una perspectiva comparada*, Madrid, CEPC, 2012, p. 42 y ss.; BUSTILLO BOLADO, R., «El autogobierno del Poder Judicial en Europa. Breve estudio de derecho comparado», *Revista del Poder Judicial*, 1995, núm. 37; ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., «Los sistemas de gobierno del Poder Judicial en derecho comparado», en GERPE LANDÍN, M.-CABELLOS ESPÍRREZ, M.A. (coord.), *El gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico. Evolución y perspectivas de reforma*, Marcial Pons, Madrid, 2013; LÓPEZ GUERRA, L., «Reflexiones sobre los modelos de gobierno del Poder Judicial», en AAVV, *Tribunales y Justicia Constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2002; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español», *Revista de las Cortes Generales*, 1995, núm. 35; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-SUÁREZ ROBLEDO, J.M., *Independencia Judicial y Consejos de la Juzgatura y Magistratura*, Atelier, Barcelona, 2015; SAIZ GARITAONADÍA, A., «Otras formas de gobierno judicial en Estados compuestos. Los casos de Italia y EEUU», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2009, núm. 83.

17. Sobre estos modelos, vid. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español», op. cit., p. 167 y ss.; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Modelos de Gobierno del Poder Judicial», en AAVV, *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 1039 y ss.; ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., *El fracaso del autogobierno judicial*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 89 y ss.; en concreto, para la adecuación del CGPJ, p. 197 y ss.

del Poder Judicial (Italia). Por heterogobierno se debe entender que se trata de un sistema en el que el gobierno de los jueces se ejerce por órganos ajenos y extraños al propio Poder Judicial, sin que exista formalmente una carrera judicial, ya que todos los puestos están sometidos a nombramientos singularizados. Por su parte, por autogobierno se entiende que las decisiones se adoptan por órganos compuestos por miembros del propio Poder Judicial, en ocasiones integrados también por miembros ajenos al mismo, pero adoptando decisiones que afectan formalmente a la carrera judicial y al estatuto del Poder Judicial. En la anterior escala de modelos de gobierno se puede observar que los modelos puros o integrales de heterogobierno o de autogobierno son difícil de caracterizar y que se puedan plantear, ya que cualquier sistema se sitúa en una posición diferente dentro de dicha escala en función de un mayor o menor heterogobierno o autogobierno.

Sin embargo, el autogobierno o el heterogobierno no se puede separar de las funciones que puede ejercer el CGPJ, ya que en esencia si ejercer dichas atribuciones en régimen de monopolio, incluyendo la fijación de los medios materiales y personales necesarios para su ejercicio por los propios miembros del Poder Judicial estaremos ante un modelo puro, integral o absoluto de autogobierno judicial. No obstante, en la medida en que aparecen controles o un ejercicio no pleno de las competencias que afectan a la función de gobierno del Poder Judicial, o es un ejercicio de un modo más o menos mixto, se abandona la lógica de dicho autogobierno puro para recurrir a fórmulas que se aproximan a sistemas de autogobierno relativo o heterogobierno.

Para valorar la existencia de un autogobierno judicial, al margen de las competencias se debe tener en cuenta el sistema de designación de los miembros del órgano de gobierno, ya que si la designación es por los propios miembros de la judicatura, generalmente a través de un sistema electoral, se está en mejores condiciones de determinar que se trata de un sistema de autogobierno, pero si intervienen órganos ajenos y externos al Poder Judicial a través de un sistema de designación parlamentaria o por parte del ejecutivo o, incluso, de los ejecutivos autonómicos, el sistema se aproxima al heterogobierno. Por otra parte, en relación con los miembros del órgano de gobierno judicial, si son solo integrantes de la judicatura (jueces o magistrados) se estructuran en un modelo de autogobierno, pero si es integrado por miembros no jueces (juristas de otros ámbitos), aunque sea parcialmente, se tiende a caracterizar el sistema como heterogobierno¹⁸.

18. BALLESTER CARDELL, M., *El Consejo General del Poder Judicial. Su función constitucional y legal*, op. cit., p. 168-169. Sobre los modelos de autogobierno judicial, vid. GERPE LANDÍN, M., «El Gobierno del Poder Judicial en el constitucionalismo europeo continental: Francia, Italia, Portugal y España», op. cit., p. 14-17.

Intentar caracterizar el CGPJ en estos parámetros conlleva que se pueda caracterizar exclusivamente como un sistema mixto, generalmente considerado de autogobierno relativo o heterogobierno, aunque sin autonomía plena e integral para decidir cualquier aspecto que afecte a la administración de la función judicial. De todos modos, la terminología entre autogobierno y heterogobierno se tiende a abandonar en nuestra doctrina, dado la dificultad de llegar a planteamientos y modelos no faltos de concreción, y se prefiere resaltar el alcance del carácter autónomo de CGPJ, para calificarlo como órgano autónomo e instrumental de la protección de la independencia judicial del Poder Judicial, y no como órgano de autogobierno¹⁹.

En cualquier caso, dejando al margen la composición del órgano que tenga las atribuciones en materia de carrera judicial, es importante tener en cuenta sus competencias con relación a la independencia del Poder Judicial, ya que en dicha estructura se considera que un autogobierno potencia dicha defensa instrumental, mientras que un heterogobierno potencialmente disminuye su importancia instrumental al poder incidir dichos órganos ajenos al Poder Judicial en el nombramiento de dichos jueces. En todo caso, las competencias se centran en el control, gestión y dirección del elemento personal del Poder Judicial, incluso se plantea una importante competencia para realizar propuestas de política judicial para mejorar la administración de justicia, pero no se trata de un órgano político para concretar y dirigir la política judicial, no está sometido a responsabilidad política y su estatuto es más próximo al de un órgano administrativo.

En este contexto, dentro de la independencia judicial, en relación con el ejercicio de la función judicial, se debe diferenciar entre la independencia interna y la externa. Respecto a la primera, es decir, la ausencia de presiones desde dentro del Poder Judicial, en especial las que pueden ejercer las presidencias de tribunales colegiados o de tribunales superiores hacia los inferiores, no plantea excesivos problemas, ni necesidades de defensa especiales de esta independencia, ya que esta funciona con plenitud por lo que la decisión judicial será revocada o no por el tribunal superior en función del respeto del imperio de la ley.

Respecto a la independencia externa, es decir, la ausencia de presiones desde fuera del Poder Judicial, los problemas van en aumento, no solo porque las administraciones estatal o autonómica con competencias en la materia no parece que tengan un interés político real en que los juzgados y tribunales dis-

19. BALLESTER CARDELL, M., *El Consejo General del Poder Judicial. Su función constitucional y legal*, op. cit., p. 185

pongan de los suficientes medios para desarrollar de modo correcto, eficaz y eficiente sus funciones, sino porque la sociedad en general, los medios de comunicación, las partes en los procesos que cuenten con recursos para ello, son cada vez más proclives a la realización de juicios paralelos o simplemente tienen una voluntad de presionar e influenciar sobre las decisiones judiciales, o por lo menos sobre la percepción general de la sociedad sobre una actividad concreta.

Desde otra perspectiva, también se conecta la independencia judicial con unas condiciones estructurales necesarias relativas a la selección y formación de los jueces, su estatus a partir de la inamovilidad y la retribución suficiente o las relativas a la planta y a la competencia²⁰. En este contexto, se está desarrollando un papel cada vez más relevante en el gobierno judicial de las asociaciones judiciales y grupos en el seno de la carrera, hasta el punto que no existe una separación entre la vida asociativa y la promoción a presidencias de Audiencia, de TSJ o de Tribunal Supremo o incluso a las vocalías del CGPJ²¹, pero también se cuestiona la imparcialidad objetiva vinculada a la aparición de sistemas de apoyo mutuo o clientelismo con decisiones vinculadas a la carrera judicial²².

La independencia judicial es una exigencia instrumental que tiene por objeto sustraer a los órganos judiciales de condicionamientos o presiones que afecten a la función jurisdiccional en su necesaria imparcialidad. Para administrar el estatuto judicial y garantizar la independencia judicial, se opta por crear un Consejo General del Poder Judicial, presidido por el presidente del Tribunal Supremo, a quien elige el Consejo en su sesión constitutiva. Seguramente, se habría llegado al mismo resultado si el constituyente, en vez de optar por el modelo del Consejo de la Magistratura procedente de las experiencias francesa

20. Vid. ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., *El fracaso del autogobierno judicial*, op. cit., p. 64 y ss.

21. Los nombramientos discrecionales son los de presidentes de Salas y de magistrados del Tribunal Supremo, los de presidentes de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de sus Salas, los nombramientos de los magistrados de la Sala Civil y Penal de estos últimos que proponen las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y los de los presidentes de las Audiencias Provinciales. Además, naturalmente, del nombramiento del propio presidente del Tribunal Supremo. También son un claro ejemplo de nombramiento discrecional las designaciones de los dos magistrados del Tribunal Constitucional que corresponde hacer al Consejo General del Poder Judicial. Sobre los nombramientos discrecionales las polémicas han sido recurrentes y en diversas ocasiones la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha anulado acuerdos de nombramientos de esta naturaleza, en general, por falta de motivación. Sobre las competencias del Consejo General del Poder Judicial en materia de nombramientos, FERNANDEZ RIVEIRA, R. M., «¿Cómo se nombra discrecionalmente el Poder Judicial? El Consejo General del Poder Judicial y la Judicial Appointment Commission en el Reino Unido», *Revista de Derecho Político*, 2020, núm. 107, p. 78 y ss.

22. La Asociación Profesional de la Magistratura y Jueces para la Democracia han logrado que varios de sus miembros formen parte de los distintos Consejos Generales del Poder Judicial. Así, la cuestión se traduce en si esa circunstancia ha significado o no la preferencia de los miembros de estas dos asociaciones frente a los de las demás y frente a los no asociados, para los nombramientos discrecionales y, en particular, para los de magistrados del Tribunal Supremo.

e italiana, hubiera escogido otro diferente, pero lo cierto es que los jueces en España están dotados de todas las garantías para ser independientes, al menos funcionalmente en nuestro sistema actual.

En conclusión, aunque se considere en general que los jueces españoles son independientes²³, no significa la garantía plena, ya que si bien los jueces que no están sometidos al poder político ni a los poderes sociales y actúan de acuerdo con sujeción al ordenamiento jurídico, no se encuentran plenamente libres de presiones e intentos de influencia, debido a que no se consiguen evitar por el CGPJ, ni cuenta con suficientes medios e instrumentos, siendo necesario para ello una convención que neutralizara políticamente este órgano por el simple procedimiento de cumplir la Constitución. En cualquier caso, en las circunstancias actuales de paralización política de la justicia y del CGPJ por la falta de acuerdos y consenso políticos, parece imposible no considerar más que una desiderata el hecho de que un órgano constitucional como el CGPJ pueda cumplir con independencia y neutralidad el ejercicio de sus funciones constitucionales.

El CGPJ no puede estar subordinado a los demás poderes públicos, de modo que sus Vocales no puedan ser considerados delegados o comisionados del Congreso o del Senado, ni estar ligados a mandato imperativo, ni pueden ser removidos de su cargo por decisión o impulso de cualquier otro poder público, siendo independiente del Gobierno, pero también de las propias Cortes Generales. Esta autonomía y separación funcionales del Consejo respecto de los demás poderes públicos implica que posea la condición de órgano no político, es decir, es una institución que no ejerce sus funciones sobre la base de orientaciones ideológicas o de partido, legítimas en el caso del Gobierno o Parlamento, pero inconciliables con los cometidos y la función de garantía de la independencia judicial que corresponden al Consejo²⁴. El sistema de elección y designación de los Vocales del CGPJ no puede estar sometidos a unos criterios políticos que lleguen a paralizar parte de la actividad judicial y de la actividad de gobierno de los jueces, con unos grupos parlamentarios y un Gobierno que se echan mutuamente las culpas de su ineficiencia y del bloqueo institucional²⁵. En este sentido, para el poder político no son suficientes las posibilidades

23. Esta independencia judicial no significa que se hayan planteado muchos conflictos que la afecten, ya sean internos, externos normales o externos de gravedad extraordinaria. Vid. ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., *El fracaso del autogobierno judicial*, op. cit., p. 348 y ss.

24. STC 191/2016 FJ 5

25. En cualquier caso, la evolución legislativa y jurisprudencial sobre este órgano constitucional, los procedimientos de designación de sus miembros, las atribuciones y demás cuestiones, ha sido larga y tediosa. Vid. sobre estos aspectos, FERNÁNDEZ RIVEIRA, R. M., «El órgano de gobierno de los jueces atrapado en el tiempo. El CGPJ hiper reformado, hiper prorrogado y, ahora en funciones, perdiendo y recuperando competencias», *Teoría y realidad constitucional*, 2022, núm. 50 (Ejemplar dedicado a: Poder Judicial), p. 351-397.

dades de influencia que pueden ejercer a través de la designación de los vocales del CGPJ, sino que tienen tendencia a que estas adopten sus decisiones en su seno de conformidad con las opciones y criterios políticos de quien ha propiciado la designación, por lo que la situación actual puede calificarse de proceso de politización de la justicia que puede requerir incluso intervenciones de la Unión Europea para poder encauzarlo.

En definitiva, el CGPJ es un órgano de gobierno, no de defensa o de representación, ya que, aunque sus miembros se designen mediante una elección, directa o indirecta, sólo es un órgano de gobierno de una parte de los ciudadanos, los miembros del Poder Judicial, sin que pueden representar, ni decidir sobre fines de carácter general, sino en todo caso de carácter corporativo. El CGPJ debe respaldar la independencia de los jueces frente a intromisiones o ataques concretos, de carácter genérico o inespecífico, y ayudar a crear condiciones favorables por medio de sus competencias de informe en el proceso legislativo y su participación en la política judicial. Un órgano de rango constitucional debía reforzar la independencia al actuar sobre el modelo orgánico que enmarca, condiciona y prejuzga inevitablemente el trabajo de los jueces y, de este modo, se apoya en razones teóricas basadas en la idea de la separación de los poderes, ya que, desvinculado del Ministerio de Justicia, debe mantener más fácilmente la independencia. Estas razones pueden justificar desde un punto de vista teórico el mantenimiento de un órgano autónomo con unas características próximas al autogobierno relativo.

2. La designación de los miembros del CGPJ: evolución, criterios actuales y necesidad de reforma constitucional

El art. 122.3 CE establece las líneas generales de la composición del CGPJ, es decir, el número de componentes es 21 miembros, veinte vocales y el Presidente, que al mismo tiempo es el del Tribunal Supremo y que, de conformidad con el art. 123.2 CE, es nombrado por el Rey a propuesta de los vocales. En relación con el nombramiento de los veinte vocales, el art. 122 CE establece dos requisitos o condiciones: una relativa a la profesión de los elegidos y otra en relación con los órganos que deben hacer la propuesta.

Respecto a la primera condición, se exige que doce vocales sean elegidos entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales. Los otros ocho, entre abogados y juristas, de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

Respecto a la segunda condición, los órganos proponentes, es el punto en que surgió la polémica que tuvo que afrontar la STC 108/1986 y ha sido uno de los

ejes centrales de las sucesivas reformas de la LOPJ para modificar los criterios de la composición. El art. 122.3 CE exige que los ocho vocales que no tienen que ser necesariamente jueces o magistrados, cuatro deben ser nombrados a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado. Sobre los otros doce, que sí deben ser jueces o magistrados, la CE no establece ninguna regulación sobre el proceso de selección y se remite a la Ley Orgánica para la concreción sobre quién debe hacer la propuesta y del porcentaje de los doce que corresponde a cada categoría judicial, así como sobre el proceso de designación.

En enero de 1980, se aprueba la LOCGPJ en la que se especificaba que los doce vocales eran elegidos por los propios jueces y magistrados a través de un sistema electoral mayoritario, estando integrado por tres jueces, seis magistrados y tres magistrados del Tribunal Supremo. Este sistema, que es el que se consideraba como desarrollo natural de la Constitución, es constitucionalmente posible, pero no el único posible, ya que son admisibles otras posibilidades, al tratarse de unas normas constitucionales abiertas. Estas elecciones judiciales posibilitaron que el CGPJ en dicha época, a veces movido por el corporativismo y otras por una conciencia política de defensa como poder del Estado de jueces y magistrados, tuviera como concepción judicial predominante considerar al propio CGPJ como órgano de autogobierno del Poder Judicial en sentido integral, estricto y puro, aunque esta no sea la posición contemplada en la Constitución y tampoco es la única admitida por el Tribunal Constitucional.

En 1985, la LOPJ cambió radicalmente los términos en que debían ser propuestos los doce vocales judiciales, ya que al igual que los otros ocho, serían propuestos por el Congreso y el Senado a partes iguales (art. 112 LOPJ), es decir, una parlamentarización del nombramiento. De los diez que elige cada Cámara, seis al menos serían jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, con lo que se cumple la primera condición propuesta por el art. 122.3 CE. Para nombrar a dichos vocales se requiere una mayoría cualificada de tres quintos (art. 112.3 LOPJ), lo que supuso muchas dificultades para nombrar a dichos vocales, de forma que la renovación y la prórroga en el mandato no quedan al margen de la lucha de partidos políticos, influyendo en el Poder Judicial.

En el 2001, se vuelve a modificar el sistema, combinando ambos elementos. El art. 112.3 LOPJ establece que los candidatos serán presentados, hasta un máximo del triple de los doce puestos a proponer, por las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados o por un número de Jueces y Magistrados que represente, al menos, el 2 por 100 de todos los que se encuentren en servicio activo. La determinación del número máximo de candidatos que corresponde presentar a cada asociación se ajustará a criterios estrictos de proporcionalidad, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Los treinta y seis candidatos se distribuirán en proporción al número de afiliados de cada asociación y al número de no afiliados a asociación alguna sin que ningún Juez o Magistrado pueda avalar con su firma más de un candidato.
- b) En el caso de que el número de Jueces y Magistrados presentados con el aval de firmas suficientes supere el máximo sólo tendrán la consideración de candidatos los que vengan avalados por el mayor número de firmas.
- c) Cada asociación determinará, de acuerdo con lo que dispongan sus Estatutos, el sistema de elección de los candidatos que le corresponda presentar.
- d) El art. 113.1 LOPJ establece que los restantes ocho miembros que igualmente han de integrar el Consejo, elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado, serán propuestos para su nombramiento por el Rey entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión, que no sean miembros del Consejo saliente ni presten servicios en los órganos técnicos del mismo.

La presentación de candidaturas se ha modificado con la reforma del 2013, con la finalidad de restringir la importancia de las asociaciones en la presentación de candidaturas, ya que a partir de dichos modelos cada juez individualmente con el aval de otros 25 jueces (se disminuye de este modo el número de avales necesarios frente a la anterior previsión del 2% del total de jueces), o bien una asociación, tal como sucedía hasta ahora, serán los sujetos legitimados para poder presentar candidatura²⁶.

No obstante, la posición de los vocales del Consejo ha cambiado notablemente tras la reforma de la LOPJ del 2013²⁷, en cuanto que la mayor parte pasa a

26. La Ley Orgánica articula un procedimiento de presentación de candidaturas individuales con veinticinco avales o el de una asociación judicial (cada miembro de la carrera judicial o cada asociación solamente podrá dar doce avales) y exige que la designación de las cámaras respete la proporción entre jueces y magistrados asociados y no asociados, así como que entre los designados haya tres magistrados del Tribunal Supremo; tres magistrados con más de veinticinco años de antigüedad; cuatro con menos de veinticinco, y dos jueces. En resumen, para presentarse por el turno judicial será necesario estar en servicio activo, tener el aval de 25 miembros de la carrera judicial en activo o contar con el aval de una asociación legalmente constituida (art. 573 y 574 LOPJ). Tanto los jueces, como los magistrados o asociaciones profesionales podrán avalar a un máximo de 12 candidatos. La designación de los doce vocales del turno judicial deberá respetar como mínimo (art. 578.3 LOPJ) la siguiente proporción: tres magistrados del Tribunal Supremo, tres magistrados con más de 25 años de antigüedad en la carrera judicial y seis jueces o magistrados sin sujeción a antigüedad. Si dentro de alguna de las categorías referidas no hubiere candidatos, la vacante acrecerá el cupo de la siguiente, respetando el orden indicado. El art. 567.3 LOPJ permite a jueces y magistrados que no estén en servicio activo y que cuenten con más de quince años de ejercicio profesional, presentarse por el turno de juristas. Además, podrán utilizar para el cómputo de los quince años, no sólo su experiencia jurídica profesional sino también los años de ejercicio en la carrera judicial, lo que implica un claro perfil judicial en la potencial composición del Consejo. En ningún caso podrá recaer la designación de vocales al CGPJ en vocales del Consejo saliente (art. 567.4 LOPJ)

27. Sobre la reforma del CGPJ de 2013, vid. MARTÍNEZ MARÍN, A., *El Consejo General del Poder Judicial. Desviaciones normativas, jurisprudenciales y de los principios jurídicos de la independencia del Consejo General*

desempeñar su función a tiempo parcial, de modo que solo cinco vocales (en la actualidad siete tras una segunda reforma sucesiva de 2015) ejercerán su función a tiempo completo, además del Presidente. Estos siete miembros compondrán la comisión permanente, que viene a sustituir al Pleno en múltiples decisiones (sus actos serán recurribles directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa y no ante el pleno). Además, los miembros de la Comisión Permanente irán rotando cada año, lo que fácilmente se traduce en problemas de funcionamiento en la medida en que los nuevos miembros deben ponerse al día de lo que venían tramitando sus predecesores. El desempeño de las funciones por parte de los restantes vocales en régimen de dedicación parcial plantea dificultades, ya que como miembros del CGPJ deben tomar decisiones sobre jueces ante los que el vocal está actuando como abogado, o en el caso de que sea juez compartiendo labores jurisdiccionales (por ejemplo, en relación con los vocales que sean miembros de la comisión disciplinaria)²⁸. En cualquier caso, parece que el número tan alto de vocales no parece que sea necesario, por lo que se podría abordar mediante una reforma constitucional una reducción del número total de miembros, que de forma razonable podría ser la mitad (diez vocales en total) y actuar con plenitud de funciones todos los miembros. La reducción de los miembros totales del CGPJ debe adoptarse mediante una reforma constitucional y no utilizar una reforma legislativa de la LOPJ para encubrir una modificación constitucional necesaria, tal como parece que sea la lógica de la reforma adoptada en 2013.

Para la independencia del propio CGPJ ha sido cuestionada la creación de una separación entre vocales del órgano a tiempo completo y a tiempo parcial que han de seguir desempeñando sus funciones jurisdiccionales a la vez que actúan como miembros de un órgano de gobierno que decide cuestiones básicas de los propios miembros del Poder Judicial. Se plantea la inconveniencia de la situación en el caso de los miembros no judiciales del CGPJ, pues nos podemos encontrar a abogados en ejercicio que son simultáneamente miembros del CGPJ y que, por tanto, seguirán ejerciendo sus funciones de asesoramiento a las partes en procesos ante órganos judiciales sobre los cuales está encargado

del Poder Judicial como órgano de gobierno de este, Cizur Menor, Aranzadi, 2015; AGUIAR DE LUQUE, L., «Las recientes reformas en materia de Poder Judicial en su dimensión orgánica», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (coord.), *El Poder Judicial*, VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; GERPE LANDÍN, M.-CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á., «La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, núm. 103, p. 13-44; ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., «La reforma del CGPJ en España. Noticia de otra reforma fallida», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2014, núm. 7, p. 147-157; LÓPEZ GUERRA, L., «El CGPJ. Evaluación y propuestas de reforma», *Fundación Alternativas*, Documento de Trabajo 18/2003.

28. Vid. GERPE LANDÍN, M.-CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «La configuración del Poder Judicial en la Constitución y su desarrollo posterior: algunos aspectos relevantes», en FREIXES SANJUAN, T.-GAVARA DE CARA, J.C. (eds.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: Reforma y comunicación dialógica. Primera parte*, BOE-CEPC, Madrid, 2016, p. 221

de ejercer funciones de gobierno del Poder Judicial. Es evidente que el número de miembros del CGPJ para un órgano de gobierno es excesivo, pero la solución legal no mejora el planteamiento por lo que seguramente será necesaria abordar una nueva reforma en la composición.

La ausencia de renovación por falta de decisión parlamentaria también se abordó en la reforma de la LOPJ de 2013 al establecer reglas para evitar el bloqueo del órgano cuando solo una cámara haya propuesto su cuota de vocales, pero falte la otra, de forma que el CGPJ se constituye con los nuevos vocales nombrados por la cámara que ha cumplido y los antiguos nombrados por la cámara que ahora incumple (art. 570.1 LOPJ). En el caso de que ninguna de las cámaras cumpliera con su obligación dentro de plazo seguirá sucediendo lo que se planteaba con anterioridad, es decir, el CGPJ quedaría en funciones (art. 570.2 LOPJ). En cualquier caso, este precepto incluyó otros límites como no proceder a la elección de un nuevo Presidente del CGPJ (art. 570.2 LOPJ) o que con posterioridad a la designación extemporánea de vocales se utilice como justificación para revisar los acuerdos anteriormente adoptados (art. 570.5 LOPJ). Este sistema de previsión de las consecuencias de una falta de renovación de un órgano constitucional ante la ausencia de decisión parlamentaria no se puede considerar incorrecto²⁹. Sin embargo, es criticable que no sea regulado a través de normas constitucionales. En este sentido, los mecanismos de renovación o de prórroga del órgano y la ausencia de esta deben de ser incluidos directamente en la Constitución e incluso se debe extender reglas similares a otros órganos como el Tribunal Constitucional y el resto de los órganos de designación parlamentaria.

Desde otra perspectiva, las críticas sobre todos los modelos han sido muy abundantes, ya que la composición del CGPJ, acaba reproduciendo prácticamente las dos grandes tendencias partidistas (PSOE y PP), con escasa entrada a miembros propuestos por asociaciones profesionales minoritarias, o por candidaturas de jueces independientes, o por partidos minoritarios dentro de las Cámaras³⁰, aunque de todos modos tampoco parece que esta sea la opción constitucional, es decir, un órgano compuesto de posiciones minoritarias. En

29. En realidad, el Congreso de los Diputados y el Senado eligen a todos los vocales del Consejo General del Poder Judicial. Hasta este momento se ha venido aplicando, por extensión de la norma prevista para el gobierno por el art. 101.2 CE, la regla de la continuación en funciones de los magistrados y de los vocales salientes hasta la toma de posesión de quienes han de sustituirlos, de forma que es una norma pensada para cubrir los inevitables cambios de situación. Sin embargo, estas previsiones asumen que los grupos parlamentarios que deben formar las mayorías reforzadas previstas por la Constitución por la relevancia de los cargos, en lugar de alcanzar el consenso se utilizan como instrumento de bloqueo de los nombramientos. Vid. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos constitucionales. Comentarios sobre la actualidad», *Anuario Parlamento y Constitución*, 2010, núm. 13, p. 123 y ss.

30. SERRA CRISTÓBAL, R., «La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente», 2013, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, p. 305

cualquier caso, en la evolución del CGPJ los grandes partidos que han dirigido la designación de sus vocales practicando mediante un reparto concordado por cuotas (*lottizzazione*) de conformidad a su afinidad ideológica con los candidatos, no siempre consensuado y con frecuentes prorrrogas de mandato. Por otra parte, la ausencia de renovación en el CGPJ empieza a ser un clásico de nuestro sistema con un retraso de casi dos años en 2006 y con la renovación pendiente desde 2018 hasta su resolución a mediados del 2024, la paralización de los nombramientos de altos cargos judiciales o la existencia de una regla no escrita según la cual el Presidente del CGPJ es designado de manera oficiosa por las fuerzas políticas o por el mismo Gobierno y no por los mismos vocales³¹. La situación actual refleja la ausencia de la lealtad institucional que debe presidir las relaciones entre órganos constitucionales en el ejercicio de sus funciones y la cooperación entre los mismos³². En este sentido, una controversia, desde el origen del CGPJ, sobre el perfil de los vocales está presidida por la necesidad de que se elijan a miembros de la carrera judicial caracterizados por su buen hacer y a juristas de prestigio profesional reconocido, en lugar de repartirse cuotas entre las tendencias partidistas o asociativas mayoritarias, que en numerosas ocasiones se caracterizan por ser cuotas ciegas.

Además, la Constitución exige que sus ocho miembros no judiciales sean elegidos entre juristas de reconocida competencia como criterio cualitativo, con más de quince años de ejercicio, por mayoría de tres quintos para que no haya imposiciones de parte. La exigencia de que los otros doce vocales sean miembros en activo de la carrera judicial refuerza el perfil técnico de los vocales. Estos criterios se pueden considerar correctos, siendo el problema, en todo caso, su respeto por los grupos parlamentarios, sobre todo en el primer supuesto cuando busca partidarios o se aceptan candidatos sin consideración alguna a la excelencia profesional y a la calidad de los propuestos.

La elección parlamentaria de los vocales de extracción judicial supuso una mayor percepción de politización del Consejo³³, lo cierto es que la exigencia de los tres quintos de los miembros en cada cámara, junto a la continuidad del

31. CAMONI RODRÍGUEZ, D., «Entre el modelo «ideal» de Consejo General del Poder Judicial y su renovación, pasando por la dimisión del Presidente (en funciones): un pequeño estudio para el debate», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2022, núm. 24, p. 79-80; RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, P., «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», *Revista general de derecho constitucional*, 2023, núm. 39, p. 123. En general, sobre la polarización política del CGPJ, vid. MARTÍN GUARDADO, S., «Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder Judicial», *Revista de Derecho Político*, 2023, núm. 117, p. 131-152.

32. Vid. RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, P., «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», *op. cit.*, p. 127.

33. AGUIAR DE LUQUE, L., «El gobierno del Poder Judicial en la España actual: funciones y disfunciones», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2009, núm. 5, p. 73.

órgano en funciones una vez expirado su mandato (en la redacción originaria de la Ley 6/1985 se estableció que a la expiración del mandato el CGPJ saliente continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo CGPJ sin limitación en sus funciones —antiguo art. 115.2 LOPJ³⁴). Esta previsión que puede considerarse una garantía de la continuidad de las funciones del órgano se ha considerado como una de las razones que está en el origen del grave problema de los retrasos en su renovación por parte de las Cámaras³⁵, ya que se ha favorecido los bloqueos por parte de las minorías de turno³⁶.

Las alternativas a un procedimiento de designación por las Cortes Generales de los veinte vocales mediante mayoría cualificada, combinado con formas de propuesta o aval de la carrera judicial, son difíciles de articular y aceptar de una forma consensual y sin críticas. La posibilidad de sustituir la elección de los vocales judiciales por un sorteo a realizar por las cámaras entre los candidatos avalados por los jueces y por las asociaciones judiciales no parece aceptable, salvo como remedio si transcurrido un plazo prudente el Congreso o el Senado no han cumplido el deber de renovar al órgano constitucional. Tras estos años de aplicación no se ha conseguido asegurar que fueran elegidas personas que además de cualificación profesional formal, revelen prudencia y capacidad para trabajar en equipo, lealtad institucional y suficiente autonomía de criterio para cumplir la función que les corresponde desempeñar, superando los condicionamientos externos proveniente de partidos, asociaciones profesionales, sindicatos, instituciones, corporaciones o cualquier otra entidad social³⁷. Una

34. En este sentido, Aguiar critica las mayorías cualificadas para elegir a los vocales y la prórroga en funciones por las distorsiones funcionales y abusos que han supuesto (bloqueo y tardanza en renovar, respectivamente), de forma que propone que en situaciones de prórroga actúe una comisión permanente y que el pleno esté solo para ejercer las competencias institucionales, que con el tiempo se ha convertido en la situación ordinaria de funcionamiento. Este planteamiento puede considerarse como influyente, *mutatis mutandi*, en la regulación actual. Vid. AGUIAR DE LUQUE, L., «El gobierno del Poder Judicial en la España actual: funciones y disfunciones», *op. cit.*, p. 70-71.

35. RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, P., «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», *op. cit.*, p. 134.

36. CARMONA CONTRERAS, A., «Democracia, Estado de Derecho e independencia judicial en España: un análisis en perspectiva europea», *Estudios de Deusto*, 2022, vol. 70/1 enero-junio, p. 156. No se va a comentar la iniciativa retirada de los Grupos parlamentarios socialista y Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común que presentaron una proposición de ley de modificación de la LOPJ, de acuerdo con la cual, se mantenía en primera votación la mayoría de 3/5 para la elección por el Congreso o el Senado de los 12 vocales de extracción judicial, pero se rebajaba a mayoría absoluta en la segunda votación, en caso de no alcanzarse los 3/5 en la primera, de modo que se hacía innecesaria la participación de la minoría. Evidentemente en la actualidad con mayorías distintas en las cámaras parlamentarias esta iniciativa es inviable que se vuelva a repetir a pesar de que podría ser una solución política, aunque se debe dejar al margen el posible cuestionamiento de su constitucionalidad.

37. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «A vueltas con el Consejo General del Poder Judicial», *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, 2009, núm. 5, p. 94; SERRA CRISTÓBAL, R., «La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente», *op. cit.*, p. 320. Estos condicionantes permiten incluso llegar a

reducción del número de vocales a la mitad que al mismo tiempo potencie o reconozca la capacidad de los miembros para el ejercicio de la función y, en consecuencia, una vuelta a un funcionamiento en un pleno reducido con los vocales a tiempo completo probablemente mejoraría el funcionamiento actual del CGPJ, superando algunas de las razonables críticas.

3. La reforma legislativa de la estructura interna del CGPJ: de un órgano colegiado a un presidencialismo judicial y un heterogobierno encubierto

La composición numérica del CGPJ, los veintiún miembros previstos en el art. 122.3 CE, se confiere de manera global al órgano, pero no impide necesariamente que la LOPJ pueda establecer fórmulas de racionalización u optimización funcional con una composición cuantitativa inferior a la del Pleno para su funcionamiento instrumental. La Ley Orgánica 4/2013 de reforma de la LOPJ supuso una profunda reestructuración institucional del CGPJ, potenciando notablemente el papel de la Comisión Permanente, en detrimento del Pleno, que ha visto paralelamente reducidas sus funciones y se ha modificado el estatuto de los Vocales que de forma rotatoria van integrando la referida Comisión³⁸. En consecuencia, se hace necesario revisar estas reformas para comprobar su incidencia real en el funcionamiento y lógica del órgano.

El art. 595.1 LOPJ dispone que el CGPJ ejerza sus atribuciones en Pleno o a través de las Comisiones previstas en el segundo apartado del mismo precepto, Permanente, Disciplinaria, de Asuntos Económicos y de Igualdad. Por su parte, el art. 599 LOPJ realiza una enumeración en apariencia exhaustiva de las cuestiones sometidas a conocimiento del Pleno, al prescribir, en términos literales, que conocerá exclusivamente de las doce que se enumeran, mientras que según el art. 602.1 LOPJ competen a la Comisión Permanente los cometidos del CGPJ no expresamente reservados por la propia LOPJ a la Presidencia, al Pleno, a la Comisión Disciplinaria, a la Comisión de Igualdad o a la Comisión de Asuntos Económicos. De este modo, la Comisión Permanente ha asumido la posición que en la regulación anterior tenía el Pleno, al que incumbían las funcio-

calificar el CGPJ como un experimento fallido, vid. ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., *El fracaso del autogobierno judicial*, op. cit., p. 421 y ss.

38. Sobre la nueva estructura interna del CGPJ, vid. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, 2017, núm. 40, p. 351-368; DONAIRE VILLA, F.J., «La nueva regulación legislativa de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial: ¿reforma legal o mutación constitucional?», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2016, núm. 105 (mayo-agosto), p. 103-141; FERNÁNDEZ RIVEIRA, R. F., «Nuevos enfoques de la independencia judicial. Dos puntas de iceberg en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial: la comisión permanente del CGPJ y el gabinete técnico del Tribunal Supremo», *Teoría y realidad constitucional*, 2016, núm. 38, p. 375-408

nes del Consejo no expresamente conferidas por la LOPJ a otros órganos internos del mismo³⁹. La Comisión Permanente se compone en la actualidad (art. 601.2 LOPJ, tras la redacción de la Ley Orgánica 7/2015) del Presidente del Consejo General y del Tribunal Supremo, que la preside, y de otros siete Vocales del Consejo, cuatro del turno de Jueces y Magistrados y tres del turno de juristas de reconocida competencia, designados por el Pleno, debiendo procurarse la rotación anual del resto de los Vocales en la composición anual de la Comisión Permanente, de forma que los Vocales de ambos turnos, salvo renuncia expresa, pueden formar parte de la misma, al menos durante un año a lo largo del mandato del Consejo (reformado por la Ley Orgánica 4/2018). También alcanza al estatuto de dichos Vocales, que es de exclusividad (art. 579.2 LOPJ), frente a la dedicación a tiempo parcial que se prevé para los restantes Vocales del Consejo (art. 579.1 LOPJ), lo que tiene su reflejo en diferencias relevantes entre los Vocales, como el régimen de retribuciones (según el art. 584 bis LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, aunque parte de la reforma fue de nuevo suprimida por la Ley Orgánica 4/2018). Además, el art. 579.1 LOPJ excluye a los Vocales pertenecientes a la Comisión Permanente de la continuidad en servicio activo en sus cuerpos de origen si su procedencia es judicial o funcionarial, con el consiguiente paso a la situación de servicios especiales en ellos (art. 579.2 LOPJ)⁴⁰.

En la práctica será un órgano de ocho miembros del Consejo General (su Comisión Permanente) y no el Consejo General de veintiún miembros en pleno a que se refiere el artículo 122.3 CE, el que ejerza en esencia el gobierno del Poder Judicial, o incluso la mayoría de sus potestades y funciones. El pleno de veintiún miembros ejercerá las funciones no pertenecientes al gobierno del Poder Judicial a que se refiere el artículo 122.2 CE (propuesta de nombramientos de Magistrados del TC, audiencia en el nombramiento del Ministerio Fiscal, interposición del conflicto de atribuciones ante el TC), así como los nombramientos discrecionales antes mencionados.

39. Las potestades integrantes de la función de gobierno, es decir, las internas del Poder Judicial constitucionalmente confiada al CGPJ, incluso algunas en materia disciplinaria, se han trasladado legislativamente del Pleno a la Comisión Permanente, con posible delegación de esta en Jefes de los Servicios para cometidos sin contenido discrecional. A la Comisión Permanente incumben ahora una significativa proporción de las competencias sobre nombramientos, ascensos, provisión de destinos, situaciones administrativas, formación y perfeccionamiento de los miembros de la carrera judicial. Lo que se estaría atribuyendo el art. 602 LOPJ a la Comisión Permanente sería el ejercicio, pero no la titularidad de sus funciones, porque esta viene constitucionalmente conferida al Consejo, es decir, al Pleno.

40. El art. 584.1bis LOPJ prescribe que los miembros del CGPJ que actúen en régimen de exclusividad (lo cual incluye al Presidente de este, que lo es también de la Comisión Permanente) tendrán derecho a la retribución que se fije en la Ley de Presupuestos Generales del Estado como única y exclusiva en atención a la importancia de su función. La reforma realizada por la Ley Orgánica 4/2018 suprimió el apartado 2 de dicho precepto que establecía que los Vocales sin dedicación exclusiva percibían únicamente dietas por asistencia al Pleno o Comisiones, y las indemnizaciones que por razón del servicio les puedan corresponder.

En consecuencia, la Ley Orgánica 4/2013 y sus reformas posteriores realizan una transformación del CGPJ tanto en sus competencias como, sobre todo, en su configuración y en su funcionamiento. Los vocales que no se integran en la Comisión Permanente, cuya composición variará anualmente, permanecerán en sus destinos o actividades y solamente acudirán a las reuniones del Pleno, que se celebrarán con una cadencia mensual, o de las comisiones a que pertenezcan. El Pleno, con sus competencias tasadas, no tendrá el conocimiento de los asuntos que considere conveniente, ni podrá crear otras comisiones distintas de las previstas legalmente, es decir, la Permanente, la Comisión Disciplinaria (cuya composición no cambiaba durante los cinco años de mandato, aunque se suprimió dicho criterio con la Ley Orgánica 4/2018), la Comisión de Asuntos Económicos y la Comisión de Igualdad. Finalmente, la Ley Orgánica refuerza notablemente la posición del Presidente, quien propone al Pleno el nombramiento del Vicepresidente del Tribunal Supremo, y que en tanto dirija a los órganos técnicos, se beneficiará del superior peso que se les quiere atribuir, que estarán compuestos por letrados seleccionados por oposición. Esta reforma de la LOPJ convierte en la práctica al Presidente del Tribunal Supremo en Presidente del Consejo General del Poder Judicial, optando como veremos por un modelo de presidencialismo judicial a efectos prácticos, aunque el art. 598 bis LOPJ ha limitado sus funciones cuando se encuentra en funciones, ya que no podrá cesar ni al Secretario General, ni al Vicesecretario General del CGPJ (redactado de conformidad con la Ley Orgánica 4/2018).

El Tribunal Constitucional mediante la STC 191/2016 ha avalado íntegramente la constitucionalidad de la reforma realizada por la Ley Orgánica 4/2013⁴¹. Los reproches de constitucionalidad de la reforma se concretaban fundamentalmente en la ausencia de deber de comparecencia de los miembros del Consejo ante las Cortes por razón de sus funciones, salvo en el supuesto de comparecencia que se produce con ocasión de la presentación y discusión de la Memoria anual ante las mismas (art. 564 LOPJ); la posibilidad de renovar el órgano con los Vocales propuestos en plazo por una sola de las Cámaras sin que la otra haya alcanzado un acuerdo y a la reducción de la duración del cargo para aquellos Vocales elegidos posteriormente con dilación (art. 570.1 y 3 LOPJ); la dedicación a tiempo parcial de todos los Vocales, excepto los de la Comisión Permanente (art. 579.1 y 580.1 LOPJ); la incorporación de la figura del Vicepresidente del Tribunal Supremo (art. 590 y 591.1 LOPJ); la modificación del quórum necesario para la válida constitución del Pleno y aplicación de la regla de la mayoría simple de los presentes como regla general para adoptar determinadas decisiones en su seno (art. 590 y 600.4 LOPJ); y la creación de una Sec-

41. Para un comentario de la STC 191/2016, vid. MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., «El Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad de la reforma del Consejo General del Poder Judicial del año 2013. La sentencia 191/2016, de 15 de noviembre», *Revista general de derecho constitucional*, 2017, núm. 24.

ción específica en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para conocer de los recursos contra las decisiones de la Comisión Permanente y del Pleno del Consejo (art. 638.2 LOPJ). El Tribunal Constitucional delimitó el objeto del recurso, de forma que no entró a conocer la impugnación, ya que habría perdido su objeto, de la regulación transitoria del supuesto de que una de las Cámaras no llegara a designar a tiempo a los diez Vocales en la renovación pendiente del Consejo al no verificarse, ni sobre la impugnación contra el art. 638.2 LOPJ, ya que las razones en las que los recurrentes fundamentaban su inconstitucionalidad no estaban basadas en contravención alguna de la norma constitucional.

El art. 564 LOPJ, tras la reforma, pasaba a establecer que sobre el Presidente del Tribunal Supremo y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial no recaía deber alguno de comparecer ante las Cámaras por razón de sus funciones. El Tribunal Constitucional considera que el CGPJ es una institución de garantía de la independencia judicial que exige su configuración como órgano autónomo y no subordinado a ningún otro poder del Estado, de modo que sus Vocales no pueden ser vistos como delegados o comisionados de las Cortes Generales a pesar de que les corresponde la propuesta del nombramiento de todos sus miembros. En este sentido, los Vocales no están ligados por mandato imperativo alguno ni pueden ser removidos de su cargo por decisión o a impulso de cualquier otro poder público. El CGPJ es independiente del Ejecutivo, pero también del Legislativo, es decir, una institución no subordinada a los demás poderes públicos⁴². Profundizando en el tema, el TC considera que los reglamentos parlamentarios no pueden regular el sistema de relaciones entre órganos constitucionales⁴³, ni el art. 564 LOPJ contradice la comparecencia ante comisiones de investigación que encaja dentro del control extraordinario ocasional que desarrollan las Cortes Generales ya que no se excluye en este supuesto el deber de comparecencia de los miembros del órgano de gobierno del Poder Judicial⁴⁴, ni incumple la posibilidad de que las Cámaras y sus comisiones requieran la información y ayuda que precisen de cualquier autoridad del Estado previsto en el art. 109 CE en base a un deber de auxilio al Parlamento, suministrando información al mismo cuando la requiera⁴⁵, no solo con relación al Gobierno sino con relación a cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas.

42. STC 191/2016 FJ 5

43. STC 191/2016 FJ 6

44. Vid. GIMÉNEZ GLUCK, D., «La comparecencia de los miembros del CGPJ ante las Cortes Generales: una reflexión constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2009, núm. 87.

45. STC 191/2016 FJ 6

La Ley Orgánica 4/2013, para evitar la dilación en la renovación del órgano e impedir la prórroga del Consejo que concluía su mandato, previó la posibilidad de su renovación cuando solo una de las Cámaras hubiera alcanzado un acuerdo sobre los diez Vocales que debía proponer tal como hemos visto con anterioridad. Si el CGPJ continua en funciones (se produce la *prorrogatio*) cuando ninguna de las dos Cámaras se pone de acuerdo para proceder a designar a los Vocales (y continuará en funciones hasta que una de ellas cumpla con el mandato legal)⁴⁶, pero si solo una Cámara alcanza un acuerdo sobre los diez miembros que debe designar, entonces se constituirá el Consejo con los diez nuevos Vocales designados y con los Vocales del Consejo saliente que hubieren sido designados en su momento por la Cámara que no ha alcanzado el acuerdo. El Tribunal Constitucional concluye que no hay lesión del art. 122.3 CE, ya que no diferencia entre renovación total o parcial del CGPJ y la propuesta de nombramiento de los Vocales del CGPJ corresponde a cada una de las Cámaras, Congreso y Senado, y no al órgano complejo que son las Cortes Generales, por lo que cada una de las Cámaras, Congreso y Senado, tienen la potestad de designar a sus diez Vocales⁴⁷. En cualquier caso, se trataba de una disposición transitoria que no se ha verificado en la realidad, pero en condiciones ordinarias es difícil que se pueda conseguir la mayoría cualificada a pesar de que en el contexto concreto existía una dominación del PP del Senado que le permitía beneficiarse claramente de la misma en caso de un bloqueo de la renovación.

En cualquier caso, toda modificación y nueva regulación del CGPJ es susceptible de ser empeorada, ya que la Ley Orgánica 4/2021 introdujo un nuevo art. 570 bis LOPJ con una limitación de las atribuciones previstas en el art. 560 LOPJ desde el momento en que el CGPJ estuviera en funciones. En este sentido, es necesario hacer una comparación para determinar qué atribuciones se pueden ejercer y cuáles son las que se suspenden en caso de estar en una situación de *prorrogatio*. Dicha reforma se dirigía fundamentalmente a que no se pudiera nombrar al Presidente del CGPJ, a los Magistrados del Tribunal Supremo, proponer a los Magistrados del Tribunal Constitucional, interponer conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales, entre otras atribuciones propias de este órgano constitucional. No obstante, se tuvo que presentar una nueva proposición de Ley para volver a modificar el art. 570 bis LOPJ (Ley Orgánica

46. Sobre la *prorrogatio*, vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «La *prorrogatio* de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, núm. 84, septiembre-diciembre, p. 11-26; AGUIAR DE LUQUE, L., «Una nueva reflexión sobre la *prorrogatio* de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J. A. Santamaría», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2009, núm. 85, enero-abril, p. 83-98; SERRA CRISTÓBAL, R., «La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente», *op. cit.*, p. 305; GARCÍA ROCA, J., «La selección de los magistrados constitucionales, su Estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, 2012, núm. 15.

47. STC 191/2016 FJ 7

8/2022, la contrarreforma) para volver a reintroducir entre las atribuciones del CGPJ en funciones la propuesta del nombramiento de los dos Magistrados del Tribunal Constitucional por la necesidad de que dichos Magistrados fueran designados juntamente con los del Gobierno con la finalidad de completar el tercio de renovación según el mandato del art. 159.3 CE (también con algún intento del Gobierno de modificar el tenor literal del precepto constitucional). Con la finalidad de evitar nuevos bloqueos en el seno del Pleno del CGPJ también se reformó el art. 599.1.1 LOPJ para establecer un plazo de tres meses para realizar la propuesta a contar desde el vencimiento del mandato anterior.

En cualquier caso, se ha cuestionado la constitucionalidad de la limitación de medidas cuando el CGPJ en funciones con dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica 4/2021, pero también contra las modificaciones introducidas mediante la Ley Orgánica 8/2022, frente a la cual se ha presentado un recurso de inconstitucionalidad, aun no resuelto. La intención legislativa es minorar la relevancia del órgano en el ámbito competencial que le es propio, de forma que el bloqueo de su renovación no resulte atractivo para la minoría parlamentaria, siendo las lógicas que ya vimos con los cambios de las mayorías para adoptar decisiones en el seno del propio CGPJ. Sin embargo, se debe respetar en una regulación de un órgano en funciones su condición de órgano constitucional y sus funciones y atribuciones constitucionales desde la lealtad institucional⁴⁸. No obstante, el TC ha señalado que el legislador dispone de margen de libertad para atender a eventualidades que, por anómalas o atípicas que sean, pueden llegar a verificarse y que no fueron objeto de expresa prevención por la norma fundamental⁴⁹. En este sentido, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/2021 señala que a diferencia de lo que sucede con otros órganos constitucionales como el Gobierno o las Cortes Generales, los cuales cuentan con una exhaustiva regulación sobre cómo han de operar cuando se encuentran en funciones o disueltas, respectivamente, en el caso del CGPJ no existe previsión alguna sobre la materia. Sin embargo, la supuesta laguna a la que se hace referencia y que justificaría la regulación por comparación con el Gobierno o las Cámaras, no resulta adecuada como tal justificación, pues el CGPJ no es un órgano político⁵⁰, de forma que no existe razón alguna para que los órganos prorrogados no continúen desempeñando la totalidad de sus competencias, en este caso la garantía de la independencia judicial sería una razón cualificada frente a la limitación competencial del

48. RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, P., «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», *op. cit.*, p. 139 y 145.

49. STC 191/2016 FJ 8

50. RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, P., «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», *op. cit.*, p. 140.

CGPJ⁵¹. De hecho, la contrarreforma realizada por la Ley Orgánica 8/2022 confirmó la incoherencia de las limitaciones establecidas en la LO 4/2021 atribuyendo de nuevo competencias que previamente se habían limitado para el CGPJ en funciones sin dar excesivas explicaciones sobre su carácter político o de conveniencia del Gobierno, levantando la prohibición de realizar nombramientos mientras el órgano esté en funciones, aunque limitado exclusivamente para el nombramiento de los dos Magistrados del TC, mediante una reforma que se utilizaba como arma de presión al principal partido de la oposición para que se aviniera a negociar la renovación del CGPJ⁵². Se puede regular un CGPJ en funciones, lo que en ningún caso puede hacer es desfigurar el órgano hasta el punto de hacerlo irreconocible como órgano constitucional al que le ha sido encomendado la garantía de la independencia de un poder central en cualquier Estado de Derecho como es el judicial⁵³, así como el ejercicio de funciones y potestades que se suspenden por el mismo órgano constitucional (Cortes Generales) que no consigue renovar al CGPJ por falta de acuerdo político.

En relación con estas reformas de la estructura interna del CGPJ, el Tribunal Constitucional considera que la ley se ha dictado para afrontar una situación extraordinaria de anomalía institucional derivada de la falta de la debida renovación en plazo y que la Constitución deja un amplio margen de configuración al legislador para atender a eventualidades anómalas o atípicas por lo que declara la constitucionalidad de la regulación del CGPJ en funciones, tras la expiración del mandato constitucional de cinco años, así como de la limitación

51. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «La prorrogatio de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es», *op. cit.*, p. 24; RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, P., «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», *op. cit.*, p. 141.

52. GONZÁLEZ CAMPAÑÁ, N. «La defensa europea de la independencia del poder judicial en el marco de la protección del Estado de Derecho: la crisis del CGPJ en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2022, núm. 50, p. 483. Sobre las mayorías en este supuesto se presentó una enmienda que establecía que si, en el plazo de tres meses, el Consejo no procedía a la elección de los dos magistrados del TC que le correspondían por mayoría de 3/5, se abriría un proceso acelerado para su elección por mayoría simple, de acuerdo con el cual, cada vocal podría votar a un solo candidato o candidata, resultando elegidos los dos Magistrados o Magistradas que obtuvieran un mayor número de votos. En caso de empate entre varios candidatos, sería el Presidente titular, interino o en funciones, quien, en la misma sesión plenaria, debería dirimir el empate. El precepto concluía determinando «responsabilidades de todo orden que se deriven del ordenamiento jurídico, incluidas las penales» «si por la acción u omisión de quien ejerza la presidencia, titular, interina o en funciones, o de cualquiera de los vocales, se incumpliera, culposa o dolosamente, lo previsto en los apartados anteriores». Claro está a las Cámaras parlamentarias no les pasa nada por la falta de renovación ni del TC, ni del CGPJ. La admisión por la Mesa de la Comisión de las citadas enmiendas fue recurrida en amparo por diputados del Grupo Parlamentario Popular, solicitando su suspensión parlamentaria, que fue otorgada por el TC en su ATC 177/2022, de 19 de diciembre y confirmada mediante ATC 178/2022, de 21 de diciembre. El recurso de amparo no ha sido resuelto, pero poco después del dictado de los citados autos, el CGPJ procedió a la designación de los dos candidatos a Magistrados del TC que le correspondía proponer. Vid. RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, P., «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», *op. cit.*, p. 144.

53. RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, P., «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», *op. cit.*, p. 147.

de sus competencias en esas circunstancias⁵⁴. No obstante, es más preocupante que considera que no existe una definición constitucional excluyente del sistema de nombramiento de los vocales del CGPJ, siendo posible, dentro del marco constitucional, que la propuesta para su nombramiento proceda en todo o en parte del Congreso o del Senado⁵⁵, de forma que parece contemplar la posibilidad de que el nombramiento de los vocales pueda corresponder a una sola cámara, es decir, se ha considerado como un posible pronunciamiento preventivo con la finalidad de justificar o legitimar *ex ante* una eventual modificación de la LOPJ que rebajara las mayorías para elegir a los vocales de extracción judicial o, incluso, que llegara a otorgar al Congreso en exclusiva la competencia para proceder a dicha elección⁵⁶. Por lo demás no considera inconstitucional ni la supresión o restricción funcional del Consejo en relación con el nombramiento del presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, ya que la Constitución no prevé el sistema de nombramiento del presidente del CGPJ, correspondiendo al legislador orgánico la facultad de llevar a cabo dicho desarrollo⁵⁷, ni el hecho de que la regulación del CGPJ en funciones le impida plantear un conflicto de atribuciones frente a otros órganos constitucionales, al no tener dicha facultad ningún reflejo constitucional expreso⁵⁸, a pesar de que no analiza ni resuelve en la primera de las sentencias el TC los problemas constitucionales derivados de la colisión normativa entre la LOTC y la regulación impugnada, la cual produce una suerte de suspensión de la primera en lo que respecta a la legitimación del CGPJ para plantear un conflicto de atribuciones en tanto se encuentre en funciones⁵⁹. No obstante, sí que realiza en la segunda de las sentencias dicho enjuiciamiento al considerar que la amplitud de la reserva de ley orgánica excluye una interpretación de la misma que impida al legislador orgánico completar la dicción literal de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con previsiones complementarias contenidas en otras leyes orgánicas⁶⁰. Tampoco considera que la regulación misma del CGPJ en funciones constituya una reforma constitucional encubierta⁶¹, o tampoco admite que la limitación de que el CGPJ en funciones no pueda acordar el cese del secretario general ni del vicesecretario general del Consejo constituye una ley singular dado que va dirigido a aplicarse en todos los supuestos en los que el Consejo

54. STC 128/2023 FJ 4B

55. STC 128/2023 FJ 4B, STC 15/2024 FJ 4

56. RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, P., «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», *op. cit.*, p. 149.

57. STC 128/2023 FJ 5

58. STC 128/2023 FJ 5, STC 15/2024 FJ 6

59. RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, P., «Sobre la regulación del consejo general del poder judicial en funciones», *op. cit.*, p. 151.

60. STC 15/2024 FJ 6

61. STC 15/2024 FJ 5

esté en funciones, y no únicamente a impedir el cese de los actuales secretario general y vicesecretario general del CGPJ⁶².

En relación con el estatuto jurídico de los miembros del órgano de gobierno del Poder Judicial, la reforma del 2013 ha previsto la dedicación a tiempo parcial de todos los Vocales del CGPJ, excepto los de la Comisión Permanente, que deben rotar anualmente, de forma que compatibilizaran su función a tiempo parcial en el Consejo con su actividad profesional⁶³. El Tribunal Constitucional, tras señalar que no puede entrar a valorar lo que solo son reproches genéricos a dicha reforma o presunciones sobre la posibilidad de que, a través de esta, el juez se pueda ver sometido a presiones ilícitas por la vía de los hechos, considera que el art. 122.2 CE no predetermina nada sobre el asunto y que esta es una opción legítima para el legislador que debe regular el estatuto del Consejo y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y funciones. Por lo que es admisible que la Comisión Permanente adopte las principales decisiones y que no es constitucionalmente imprescindible que la función de Vocal deba necesariamente ser a tiempo completo⁶⁴.

No obstante, la falta de estabilidad de muchos de los Vocales del CGPJ dificulta la necesaria autonomía de la que debe disfrutar el órgano a los efectos de garantizar la independencia judicial, lo cual unido a que un órgano reducido como órgano nuclear del Consejo como la Comisión Permanente y la atribución de las funciones de preparación de los asuntos a sus funcionarios Letrados, facilita el control del Consejo por parte del Ejecutivo a través de la figura del Presidente que es el único que tiene una permanencia en sus funciones. Asimismo, la compatibilidad entre el cargo de Vocal y la actividad profesional previa podría generar el efecto de colocar a los jueces en el ejercicio de su función en una situación de dudosa garantía de su independencia. De todos modos, si la reforma considera que el número de veinte Vocales resulta excesivo, se debe reformar la Constitución sin vaciar las funciones, poderes y garantías que la propia Constitución establece a favor de los integrantes del Consejo,

62. STC 15/2024 FJ 7. El voto particular en dichas sentencias considera que se produce una desnaturalización del órgano de gobierno del Poder Judicial cuando está en funciones, al privarle de las potestades esenciales atribuidas para el cumplimiento de su cometido constitucional, y por afectar a los principios de independencia judicial y separación de poderes, de modo que el margen del que dispone el legislador no le habilita al legislador para desfigurar la naturaleza constitucional del Consejo y convertirlo cuando no haya sido renovado en plazo en un mero órgano de gestión administrativa.

63. El art. 579.1 LOPJ dispone, tras la reforma, que «los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, salvo los que integren la Comisión Permanente, permanecerán en servicio activo si pertenecen a la carrera judicial o a algún cuerpo de funcionarios, y seguirán desempeñando su actividad profesional si son abogados, procuradores de los Tribunales o ejercer cualquier otra profesión liberal». El art. 580.1 LOPJ establece que «el ejercicio de la función de Vocal del CGPJ será incompatible con cualquier otro cargo público, electivo o no electivo, con la sola excepción en su caso del servicio en el cuerpo a que pertenezcan».

64. STC 191/2016 FJ 9

pero todos los Vocales deben ejercer de forma plena sus funciones. En cualquier caso, se puede afirmar que la voluntad del constituyente de establecer un CGPJ como órgano colegiado prácticamente se ha abandonado y se ha pasado a un presidencialismo judicial dado el papel central del Presidente en el funcionamiento interno, pero también al mismo tiempo se trata de un sistema que favorece un cierto heterogobierno, ya que con el sistema actual se está considerando al Presidente como una extensión del Ministro de Justicia, es decir, se ministerializa el gobierno del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional también examina la modificación del quórum necesario para la válida constitución del Pleno del CGPJ y la aplicación de la regla de la mayoría simple de los presentes como regla general para adoptar determinadas decisiones en su seno⁶⁵. La Ley Orgánica 4/2013, con el objetivo de evitar bloqueos en la adopción de importantes decisiones por parte del CGPJ, estableció que el quórum requerido para la válida constitución del Pleno del Consejo (art. 600.4 LOPJ), prescindiendo de la regla de la mayoría reforzada prevista para su válida constitución y adoptando, como criterio general, para entender que se ha producido la válida constitución del Pleno, la presencia de 10 Vocales más el Presidente (excepcionalmente, 12 miembros para su válida constitución cuando se trata de elegir al Presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ). Asimismo, se modifica las reglas de adopción de los acuerdos (art. 630.1 LOPJ) al introducir como regla general la mayoría simple de los presentes que ha pasado a mayoría absoluta en la actualidad por la Ley Orgánica 4/2018, suprimiendo la mayoría cualificada de los tres quintos de los presentes para la adopción de decisiones muy importantes en el pleno. El Tribunal Constitucional recurre a la idea de la libre disponibilidad por parte del legislador orgánico para configurar el funcionamiento y la adopción de los acuerdos por parte del CGPJ, volviendo a recordar que el art. 122.2 CE no establece nada sobre el régimen de constitución ni sobre el régimen de adopción de los acuerdos por parte del CGPJ, de forma que el legislador puede regular de acuerdo con las opciones de política legislativa que en cada caso asuma como más convenientes y oportunas⁶⁶.

65. Sobre las mayorías en el CGPJ, vid. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., «La mayoría simple en la adopción de los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 4, 2014, p. 10 y ss. En cualquier caso, se desató una verdadera guerra legislativa de las mayorías del CGPJ, ya que la Ley Orgánica 19/2003 se promovió desde el Gobierno del Partido Popular para rebajar el número legal necesario para adoptar acuerdos (de catorce a mayoría de los presentes en segunda votación), para así eludir el boicot de los denominados vocales progresistas, quienes rehusaban tomar parte en dichas deliberaciones, impidiendo que se consiguiera el quorum para regular funcionamiento del CGPJ. Con la Ley Orgánica 2/2004, el Gobierno del PSOE elevó la mayoría para los nombramientos a tres quintos de los miembros del Pleno, también con el intento de evitar la toma unilateral de decisiones por parte de un Consejo nombrado en 2001. Por último, dicha mayoría fue rebajada con esta reforma del PP de la LOPJ de 2013 y nuevamente elevada con la reforma socialista de 2018 (LOPJ 4/2018).

66. STC 191/2016 FJ 11

En cualquier caso, el tema más relevante de la reforma de 2013 es que el Pleno designará los vocales que se integrarán en la Comisión Permanente, formada por el Presidente, cuatro vocales judiciales y tres de los designados por el turno de juristas. Con la excepción de la Comisión Disciplinaria (pero una excepción que se ha suprimido posteriormente por la Ley Orgánica 4/2018), se procurará la rotación anual de esta comisión en al ánimo de que todos los vocales formen parte de ella durante al menos un año a lo largo del mandato del CGPJ. Las razones del cambio de orientación se basan en la coherencia con el nuevo diseño de organización y funcionamiento del CGPJ que otorga un renovado y fuerte protagonismo al cuerpo de Letrados del Consejo, una mayor agilidad y eficacia ya que la Comisión permanente asume todas aquellas funciones que no estén encomendadas al Pleno o a alguna de las comisiones legalmente previstas. En consecuencia, nos encontramos ante una Comisión Permanente fuerte, protagonista y con vocales en dedicación exclusiva, que pretende huir de un modelo presidencialista, aunque en realidad sin conseguirlo, sin mermar las competencias que deben seguir en el Pleno, pero con una cláusula residual a su favor, ya que todas aquellas que no están en manos del Pleno pasarán a la Comisión Permanente y no al Presidente⁶⁷.

El Presidente del CGPJ, también del TS por prescripción constitucional (art. 122.3 CE), adquiere ciertas competencias nuevas como dirigir la comunicación institucional (art. 598.8º LOPJ), nombrar y cesar al Director del Gabinete de la Presidencia, al Director de la Oficina de Comunicación y al personal eventual al servicio del Presidente (art. 598.10º LOPJ), proponer al Pleno el nombramiento del Vicepresidente del TS, del Secretario General y del Vicesecretario General (art. 598.11º LOPJ), aunque cuando se encuentre en funciones no podrá cesar a estos dos últimos cargos (art. 598 bis LOPJ, tras su reforma por la Ley Orgánica 4/2018). En esencia, el Presidente tiene unos importantes poderes propios, carece de competencia residual, pero la realidad, el control del funcionamiento y de la organización interna de este órgano constitucional favorecerá su rol central en el gobierno del Poder Judicial, por lo que el sistema se puede calificar de presidencialismo dentro de una lógica ministerial de la administración de justicia, aunque independiente políticamente del poder ejecutivo.

La concentración de las decisiones en la Comisión Permanente que, salvo en los casos de nombramientos discrecionales, aprobación de reglamentos e imposición de sanciones, agota la vía administrativa, así como la limitación de las competencias del Pleno a los asuntos tasados relacionados en el art. 599 LOPJ, generan una modificación del régimen establecido por la Constitución para el

67. Sobre la reforma de la Ley Orgánica 4/2018, vid. CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación», *Revista española de derecho constitucional*, 2020, núm. 118, p. 13-44.

CGPJ. Paralelamente, el funcionamiento ordinario se pone en manos de la Comisión Permanente y, si bien se reservan las decisiones principales al Pleno, sobre todo las que no afectan al gobierno del Poder Judicial en sentido estricto, así como del Presidente en el funcionamiento y organización interno, a pesar de que el distinto régimen rompe la unidad de estatuto de los Vocales y divide al CGPJ a efectos prácticos en dos órganos distintos.

Este largo y sinuoso camino de reformas legislativas sobre la estructura interna del CGPJ, la fuerte politización que sufre este órgano constitucional, que incluso desdibuja sus funciones constitucionales hasta unos extremos incomprensibles, pasando de órgano colegiado a un presidencialismo en manos de un Presidente del CGPJ con una extrema influencia política, que prácticamente permite que el Gobierno y la mayoría parlamentaria ejerzan un heterogobierno encubierto. Seguramente en estos aspectos se hace necesaria una reforma constitucional que tal como se ha planteado exija para aprobar la LOPJ una mayoría de 3/5 de las cámaras que se corresponda con la mayoría de 3/5 para designar a los vocales del CGPJ en ambas cámaras y evitar que esta LOPJ se convierta en un instrumento normativo de la mayoría gubernamental. Por otra parte, la estructura interna del CGPJ debe estar configurada constitucionalmente con un mayor detalle para evitar vaivenes políticos ocasionales y eventualmente disminuir el número de vocales el COGPJ si no son necesarios un número elevado como el actual para ejercer sus funciones y potestades.

4. Las funciones del CGPJ: la opción por el autogobierno relativo

En cuanto a las funciones y potestades, el art. 122.2 CE tras definir al CGPJ como órgano de gobierno del Poder Judicial, remite a la ley orgánica la regulación de sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. Estas funciones que ejerce el CGPJ son aquellas conectadas a la garantía de la independencia y que pueden servir para intentar influir sobre los Tribunales por el posible favorecimiento por medio de nombramientos y ascensos o las eventuales molestias y perjuicios que pueden sufrir por inspecciones o imposición de sanciones. La finalidad del CGPJ es privar de estas funciones al Gobierno y transferirlas a un órgano autónomo y separado⁶⁸. Dicho de otro modo, lo que resulta de la regulación constitucional del CGPJ es que se ha querido crear un órgano autónomo que desempeñe determinadas funciones, cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen de la independencia judicial, pero sin que de ello se derive que ese

68. STC 108/1986 FJ 7

órgano sea expresión del autogobierno de los Jueces⁶⁹. Ningún órgano, salvo el CGPJ, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo⁷⁰.

Estas funciones están concretadas en el art. 560 LOPJ, pero además el art. 561 LOPJ ha añadido otras funciones como la obligación de informar sobre los anteproyectos de leyes y disposiciones generales en relación con diversas materias como fijación de plantilla orgánica, el Estatuto orgánico de jueces o magistrados, régimen disciplinario, entre otras, que serían funciones previstas legalmente y no en la Constitución. Los actos que ejerce el CGPJ como la potestad disciplinaria de jueces y magistrados, son de naturaleza exclusivamente administrativa, no jurisdiccional, siendo sus actos en esta materia recurribles en vía contencioso-administrativa ante la sala correspondiente del Tribunal Supremo (art. 638.2 LOPJ)⁷¹. En cualquier caso, las funciones constitucionalmente previstas del CGPJ no requieren de modificaciones constitucionales, ya que su funcionamiento en relación con todos los poderes constituidos ha sido razonable, de modo que cualquier cambio en las funciones legales se puede realizar a través de reformas legislativas de la LOPJ, siempre que no se intente al mismo tiempo alterar el ejercicio de sus funciones constitucionales.

La potestad reglamentaria del CGPJ debe referirse, con carácter general, a la esfera puramente interna, pero excepcionalmente, se reconoce una potestad reglamentaria *ad extra*, en determinados aspectos accesorios de las actuaciones judiciales⁷². El art. 560.1.16 LOPJ establece que el CGPJ tiene la atribución de ejercer la potestad reglamentaria en el marco estricto de desarrollo de las previsiones de la LOPJ. Esta facultad se restringe a un listado determinado de materias detalladas en la propia ley como la organización y funcionamiento del CGPJ, el personal del Consejo en el marco de la legislación sobre la función pública, los órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales o el reparto de asuntos y ponencias. En el ejercicio de su autonomía, el Consejo elabora su

69. STC 108/1986 FJ 8

70. STC 31/2010 FJ 47

71. El art. 638.2 LOPJ establece que los acuerdos del Pleno y de la Comisión Permanente pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. El conocimiento de estos asuntos corresponderá a una sección integrada por el Presidente de la Sala de los Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que la presidirá, y por los demás Presidentes de Sección de dicha sala.

72. Vid. NAVAS SÁNCHEZ, M. del M., *Poder Judicial y sistema de fuentes. La potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 2002. Recientemente, NAVAS SÁNCHEZ, M. del M., «Poder Judicial y sistema de fuentes. Cuarenta años de ejercicio de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial», *Teoría y realidad constitucional*, 2022, núm. 50 (Ejemplar dedicado a: Poder Judicial), p. 399-426.

presupuesto, que se integra como una sección independiente dentro de los Presupuestos Generales del Estado, actuando autónomamente, ya que establece su propuesta de presupuesto y ejecuta su propio gasto (art. 565 LOPJ), es decir, no está bajo tutela en materia presupuestaria, pero sometido a control interno por interventor y externo por el Tribunal de Cuentas, aunque afecta exclusivamente al CGPJ y no al conjunto de la Administración de la Justicia⁷³.

La importancia de las funciones del CGPJ fue más relevante a partir de la Ley Orgánica 16/1994 que devolvió al CGPJ las competencias en materia de selección de los jueces, amplió notablemente su potestad reglamentaria, le confirió autonomía presupuestaria, aumentó los supuestos en que debía informar anteproyectos de leyes y disposiciones generales, previó la posibilidad de que se le solicitara parecer sobre proposiciones de ley y sobre enmiendas y le confirió facultades respecto de determinados aspectos de las actuaciones judiciales. Como consecuencia de dicha Ley se procedió a crear la Escuela Judicial y el Centro de Documentación Judicial.

Las decisiones políticas sustanciales en materia de administración de justicia, sea en el diseño de la organización judicial, sea en el de la correspondiente administración, así como la regulación de los procesos, e incluso de las retribuciones de los jueces y de los magistrados, deben adoptarse, ciertamente, por el legislador, y los recursos financieros correspondientes son administrados por el gobierno. Al CGPJ solo le cabe en esos ámbitos proponer, sugerir, recomendar, pedir y apoyar tales propuestas, sugerencias, recomendaciones o peticiones con los datos de que dispone, y los argumentos que su conocimiento de la realidad y su experiencia le proporcionan.

La ampliación de competencias del CGPJ no ha venido de la mano de su práctica, sino de decisiones expresas del legislador, confirmadas a través del tiempo por mayorías diferentes. La interferencia en que ha podido incurrir con la acción política sostenida por la mayoría parlamentaria no se explica por sus atribuciones, sino por su composición concreta y por el interés político en influenciar en sus decisiones.

73. Cuando el CGPJ esté en funciones, el art. 570bis.8^a LOPJ limita el ejercicio de la potestad reglamentaria a las materias de publicidad de las actuaciones judiciales; publicación y reutilización de las resoluciones judiciales; habilitación de días y horas, así como fijación de horas de audiencia pública; constitución de los órganos judiciales fuera de su sede; régimen de guardias de los órganos jurisdiccionales; organización y gestión de la actuación de los órganos judiciales españoles en materia de cooperación jurisdiccional interna e internacional; condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto de Jueces y Magistrados, así como el régimen jurídico de las Asociaciones judiciales, sin que tal desarrollo reglamentario pueda suponer innovación o alteración alguna de la regulación legal.

El Pleno sigue teniendo importantes cometidos, sobre todo de la inspección y del régimen disciplinario de los jueces, le corresponde la elección del Presidente y de los magistrados del Tribunal Supremo y los otros nombramientos discrecionales. Se debe tener presente que la Sala Segunda enjuicia a los miembros del Gobierno y de las Cortes Generales y que la Sala Tercera controla los actos del Consejo de Ministros y que las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia juzgan a los aforados autonómicos y las Salas territoriales de lo Contencioso-Administrativo revisan las actuaciones de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Por el contrario, a los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional se accede por concurso, lo mismo que a su Sala de lo Penal y a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, en estas últimas son de nombramiento discrecional sus presidentes (que también ejercen la función de Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia) y los magistrados propuestos por las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, es decir, uno de cada tres, así como el presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Respecto de los magistrados autonómicos, el CGPJ no está vinculado por la preferencia expresada por la asamblea proponente en favor de uno de los candidatos y que puede devolver la propuesta si no considera idóneo a ninguno de los incluidos en ella. En cualquier caso, los nombramientos o las propuestas que impongan algún margen de discrecionalidad o de apreciación de méritos no está incluidos entre las atribuciones que puede ejercer el CGPJ estando en funciones (art. 570 bis CGPJ).

El CGPJ pierde con la LO 4/2013 su plena autonomía económica, una parte sustancial del poder reglamentario, el control de su acción internacional y otros poderes, que van a parar sobre todo al Gobierno, del que la Constitución quería alejarlos, aunque justificado desde el punto de vista de su coherencia con el ordenamiento jurídico. La mayoría de los vocales solo asistirá al pleno quizás una vez al mes, seguirá entretanto haciendo sus trabajos externos y se enterarán de las decisiones de un modo parcial en un órgano que llevará en realidad su Presidente y los letrados de su confianza. En esencia se produce un reforzamiento del papel del Presidente a través del control de la actividad que se pueda realizar en el día a día y de las reuniones de la Comisión permanente y del Pleno, a pesar de que formalmente las atribuciones propias del Presidente han disminuido. Al mismo tiempo el autogobierno es cada vez más de carácter relativo por la disminución de las competencias que se dirigen a un modelo integral.

La facultad de emitir dictámenes del CGPJ se ha cuestionado debido al gran alcance que posee sobre asuntos de gran repercusión mediática, en la que los vocales se han posicionado y votado siguiendo unos criterios que parecían responder a una dinámica de disciplina de partido, reiterando las posturas

ideológicas mantenidas por aquellos grupos parlamentarios o asociaciones judiciales que en su día defendieron su nombramiento, lo cual incidirá en un futuro en su importancia. En general, se plantea de forma continua que los vocales del CGPJ respondan a una inequívoca separación de las influencias de los partidos políticos y asociaciones, de modo que se pueda asegurar que la elección de candidatos se lleve a cabo fundamentalmente atendiendo a los criterios de mérito y capacidad o idoneidad para el cargo que van a desempeñar, aunque también se plantea la posibilidad de limitar las funciones del Consejo, reconduciéndolas al estricto papel que debe desempeñar y rebajando en gran medida la amplia capacidad discrecional que tenía el Consejo para el nombramiento de las altas instancias jurisdiccionales.

En ese mismo nivel legislativo se situaron las iniciativas conectadas a la elaboración de la última reforma de los Estatutos de Cataluña y de Andalucía buscaron adecuar el Poder Judicial a la realidad del Estado autonómico y propusieron para ello potenciar los Tribunales Superiores de Justicia, reservar al Tribunal Supremo la unificación de doctrina y flanquear al CGPJ con unos consejos judiciales autonómicos que serían órganos desconcentrados suyos⁷⁴. Seguramente tras la doctrina jurisprudencial que cuestionó este sistema, será necesaria una reforma constitucional en el caso de que sea la dirección que se emprenda en un futuro.

En cualquier caso, se puede comprobar como un ejercicio de funciones en el que el autogobierno relativo era razonable, se ha cuestionado por los constantes intentos de influencia política, que no se limitan solo al ámbito estatal, sino que se han traspasado también al autonómico. En consecuencia, se puede considerar que los intentos de politización de la justicia producen una retroalimentación tras la acusación al oponente político o al propio CGPJ de la responsabilidad por el mal funcionamiento en el ejercicio de sus funciones, que se concretan en nuevas iniciativas normativas que solo empeoran la situación.

5. La reforma constitucional: las alternativas a potenciar en el gobierno judicial

El sistema de gobierno del Poder Judicial sigue produciendo insatisfacciones, ya que el asociacionismo judicial resulta imperante en su funcionamiento, se ha favorecido un presidencialismo judicial y el gran número de miembros del órgano no ha generado ningún beneficio para la amplia gama de decisiones

74. Sobre la desconcentración del CGPJ y su viabilidad, vid. CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., «La desconcentración del gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico y los consejos de justicia como posible vía: oportunidades y problemas», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 2022, núm. 35, p. 21-51.

que recaían en el Pleno. Las últimas reformas legislativas han introducido los miembros permanentes, rotatorios y a tiempo parcial, que han desencadenado nuevos problemas y críticas, ya que algunos miembros del CGPJ deberán hacer compatible su actividad como miembro del órgano y la actividad jurisdiccional si son jueces o magistrados y la actividad procesal si son abogados o juristas en ejercicio, actividades que no siempre se podrán compatibilizar y que generarán problemas de imparcialidad y neutralidad en la función. En cualquier caso, las recientes modificaciones, cambios y reformas no reflejan nada más que una falta de asentamiento del modelo de gobierno del Poder Judicial⁷⁵.

Seguramente, en relación con el CGPJ se deben realizar reformas constitucionales para clarificar el sentido de los preceptos y reducir el margen de actuación del Poder Legislativo que ha sometido a este órgano a un vaivén continuo, afectando sobre todo a la composición del órgano en el sentido de clarificar el sistema de designación de los vocales judiciales, que debería realizarse a través de un sistema de elección directa por los jueces y magistrados, lo que evitaría parte de la problemática de la ausencia de renovación, a través de un sistema que no potencie exclusivamente a las candidaturas presentadas por las asociaciones. Además, se debe reducir el número total de vocales (alrededor de 10 miembros) que deben adoptar las decisiones principales en pleno y no en comisiones o miniplenos más o menos especializados. Al mismo tiempo se debe evitar los excesos de presidencialismo que frecuentemente han estado presentes en el funcionamiento de este órgano constitucional. Finalmente, se deben adoptar normas constitucionales para regular las consecuencias de una eventual ausencia de renovación del CGPJ por falta de designación parlamentaria.

La solución más drástica sería optar por un cambio de modelo como sería la supresión total de la designación parlamentaria de los vocales⁷⁶, pero seguramente en la medida que se desee mantener la existencia de vocales de origen no judicial, medida razonable y conveniente, sería inviable dentro de un sistema de designación exclusivamente judicial electoral para la totalidad de los miembros⁷⁷. En cualquier caso, desde la Constitución se debe reducir el margen de apreciación del legislador en el proceso de designación de los vocales, ya que el CGPJ es cuestionado por el continuo cambio de criterio legislativo en dicho proceso de designación.

75. Sobre el funcionamiento del CGPJ, vid. ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., *El fracaso del autogobierno judicial, op. cit.*, p. 422 y ss.; GERPE LANDÍN, M.-CABELLOS ESPÍERREZ, M.A., «La configuración del Poder Judicial en la Constitución y su desarrollo posterior: algunos aspectos relevantes», en FREIXES SANJUAN, T.-GAVARA DE CARA, J.C. (eds.), *op. cit.*, p. 208.

76. Crítica sobre la indebida parlamentarización del CGPJ en GARCÍA ROCA, J. (ed.), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 85.

77. Sobre los distintos modelos designación y su evolución, vid. GARCÍA ROCA, J. (ed.), *Pautas para una reforma constitucional, op. cit.*, p. 86

El CGPJ mantiene relaciones con el gobierno, empezando por la remisión que ha de hacer el Consejo todos los años al Ministerio de Justicia de una relación circunstanciada de necesidades existentes para que los juzgados y los tribunales estén en condiciones de desarrollar su función con independencia y eficacia. El art. 37 LOPJ que extiende esa presentación al órgano que corresponda de las comunidades autónomas que hayan asumido competencias sobre medios materiales y personales al servicio de la administración de justicia, que ya son doce comunidades autónomas que las tienen transferidas y las ejercen (carecen de ellas Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia y las Islas Baleares), siendo en estos casos el Ministerio de Justicia el encargado de la gestión, como también la realiza en relación a los órganos judiciales con jurisdicción en toda España: el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. La posible interrelación entre el Poder Judicial y el Estado autonómico no se puede limitar a la creación de órganos descentrados autonómicos del CGPJ, ya que afecta a otros sectores materiales en los que es necesario aclarar los respectivos alcances competenciales y funcionales⁷⁸. En cualquier caso, la evolución de la incorporación del modelo autonómico al Poder Judicial se estableció en los Estatutos de última generación a través de la previsión de creación de órganos de gobierno (Cataluña, Andalucía) declarados inconstitucionales expresa o implícitamente, o optar por órganos administrativos autonómicos consultivos o de asesoramiento de la administración territorial respectiva en materia de justicia (Valencia, Baleares, Aragón, Extremadura o Castilla y León). De todos modos, si bien ha sido una constante por parte del nacionalismo intentar tomar entrada en el núcleo duro del Poder Judicial, no se ha conseguido superar el principio de unidad jurisdiccional y que garantizar con ello la igualdad de los españoles, sin que se pueda avanzar en esta temática sin una reforma de la Constitución⁷⁹.

78. Vid. CAPELLERAS GONZÁLEZ, A., «Competencias autonómicas en materia de Justicia: estado de la cuestión», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 19, 2014; GERPE LANDÍN, M.-CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á. (coord.), *El gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico. Evolución y perspectivas de reforma*, Madrid, Marcial Pons, 2013; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «El Poder Judicial en el Estado autonómico», *Teoría y realidad constitucional*, 2000, núm. 5, p. 89 y ss.; GERPE LANDÍN, M.-CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á., *Poder Judicial y modelo de Estado*, Barcelona, Atelier, 2013; JIMENA QUESADA, L., *El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades autonómicas*, Madrid, CEPC, Madrid, 2000; IBARRA ROBLES, J. L.-GARCÍA HERREIRA, M. Á. (dirs.), *Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006; GERPE LANDÍN, M. (coord.), *La posición del Tribunal Supremo en el Estado autonómico*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2008; GERPE LANDÍN, M., *Posición y funciones de los Tribunales Superiores de Justicia*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2009; PAREJA, M. A., *El Poder Judicial y las Comunidades Autónomas. Especial referencia a Andalucía*, Diputación de Córdoba, Córdoba, 2015; ROSADO IGLESIAS, G., «¿Es posible arbitrar fórmulas que acerquen el Poder Judicial a la realidad autonómica?», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 2022, núm. 35, p. 53-89. Sobre el alcance de las competencias estatales en materia de legislación procesal y la ambigüedad de su formulación del art. 149.1.6 CE, vid. CACHÓN CADENAS, M. J., «La competencia autonómica en materia procesal», en Miguel A. Aparicio Pérez y Mercé Barceló i Serramalera (eds.), *Las garantías procesales de los derechos estatutarios*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 51-59

79. Vid. LUDEÑA BENÍTEZ, Ó. D., «La influencia del nacionalismo en el Poder Judicial y la Administración de Justicia en España», *Revista jurídica de Castilla y León*, 2021, núm. 55, p. 77-97, en especial, p. 96.

En paralelo a estas previsiones legislativas se han desarrollado relaciones informales, pero muy importantes y que no se deben limitar, ni desaparecer tal como ha sucedido en los últimos tiempos, entre el Presidente del CGPJ y del Tribunal Supremo y el Presidente del Gobierno, y algunos ministros del gobierno, entre ellos siempre el de Justicia, cuya intensidad ha dependido tanto o más de las personalidades respectivas de quienes han desempeñado esos cargos, que de la mayoría existente en el Congreso de los Diputados y de la concreta composición del CGPJ. El Presidente, dado su estatuto y posición entre las autoridades del Estado, se encuentra en una situación privilegiada para, sin merma de la independencia que debe mantener por razón de la magistratura que desempeña y de la representación del Poder Judicial que le corresponde (art. 105 y 161 LOPJ)⁸⁰, transmitir al gobierno las inquietudes del Consejo, expresar su punto de vista sobre la dirección de la política gubernamental que afecta al Poder Judicial y a la administración de justicia.

En cualquier caso, se ha señalado como aspecto positivo de nuestra experiencia la independencia de los jueces y de los magistrados españoles. En realidad, se reprocha la falta de independencia al Consejo General del Poder Judicial, pero no a quienes desde los juzgados y los tribunales ejercen la potestad jurisdiccional. Los jueces en España son independientes y gozan de un estatuto y de una posición que les asegura no solo su inamovilidad, sino que evitan presiones para que se pronuncien en uno u otro sentido. Otra cosa será que acierten o que desempeñen, desde el punto de vista técnico, su tarea con corrección, pero son independientes.

Las alternativas a un CGPJ sería establecer el gobierno del Poder Judicial en otra instancia como el Ministerio de Justicia, el Tribunal Supremo, o un reparto combinado entre el Ministerio de Justicia y el Tribunal Supremo. Los estudios comparados ponen de relieve que la solución representada por los órganos constitucionales de gobierno del Poder Judicial garantiza mejor la independencia judicial. El único remedio a esta situación sería la reforma de la Constitución para suprimir el CGPJ, sin que haya otro tipo de planteamientos de alcance constitucional, ya que modificaciones de la organización y el funcionamiento interno del Consejo se han realizado a través de cambios legislativos de calado tan profundo que han modificado el diseño constitucional, a pesar de que no hayan supuesto su declaración de inconstitucional en términos formales. Si el CGPJ no pudiera completar reglamentariamente el estatuto judicial, debería realizarlo el Gobierno, lo que sería mucho más problemático por sus incidencias en el régimen de la carrera judicial y la independencia de los miembros del Poder Judicial.

80. STC 191/2016 FJ 10

La Comisión Permanente no es tampoco una buena solución, ya que debiéndose renovar anualmente sucederá que justo cuando sus miembros comiencen a conocer en profundidad los asuntos, los vocales deberán dejar el cargo. Esta circunstancia, junto al robustecimiento del cometido de los letrados y, en especial, de los jefes de servicio, los cuales actúan bajo la dependencia del Presidente, no fortalece notablemente su posición, ya que precisamente el Presidente será quien controlará el funcionamiento interno. El Presidente es más que un *primus inter pares*, ya que posee un protagonismo singular, no solo por la posición que le corresponde al frente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, sino también porque la organización interna gravita en torno a su figura. El peso del Pleno del CGPJ se traspasa a la Comisión Permanente en la que están menos de la mitad de los vocales y se refuerza la presidencia con lo que se disminuye la colegialidad establecida por la Constitución y el elemento monocrático aparece como consecuencia del funcionamiento interno real. De este modo, el Consejo se aproximará a un departamento ministerial y quien lo presida, descargado de sus responsabilidades en el Tribunal Supremo por el vicepresidente, a un ministro. En definitiva, estamos en una situación de heterogobierno con tendencia a un presidencialismo judicial encubierto, aunque competencialmente nos encontramos en una situación de autogobierno relativo. No hay dificultad en convenir que el Consejo General del Poder Judicial puede cumplir sus cometidos con menos miembros que los previstos por el art. 122 CE, pero se debe reformar dicho precepto constitucional.

Se han distinguido tres fines en la creación del CGPJ: un fin instrumental consistente en la gestión del régimen de nombramientos, ascensos y disciplina de los jueces y magistrados; el fin sustantivo, consistente en la protección de la independencia judicial, ya que el Consejo no es un órgano de representación sino de garantía de la independencia judicial⁸¹; y un fin más vago e ideal, consistente en la difusión de una cultura de la independencia judicial⁸². Las propuestas alternativas abundan y van desde las que propugnan la conversión del CGPJ en un órgano auxiliar (básicamente con funciones de deliberación y propuesta) del Ministerio de Justicia al que debería corresponder el grueso de las decisiones sobre el gobierno de la justicia⁸³, los que consideran que la institución está agotada y procede su supresión, pero también desde perspectivas contrarias los que plan-

81. STC 191/2016 FJ 10

82. ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., «La reforma del Consejo General del Poder Judicial en España. Noticia de otra reforma fallida», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2014, núm. 7, p. 148 (a su juicio, el Consejo habría fracasado en la consecución de los tres fines); ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., «La contrarreforma del Consejo General del Poder Judicial», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2014, núm. 34.

83. SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Consideraciones constitucionales sobre el llamado autogobierno judicial», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2001, núm. 8 y 9, p. 248-250.

tean la devolución del nombramiento de los Vocales judiciales exclusivamente a los miembros de la Carrera Judicial mediante elección.

La postura más radical que sería la supresión del CGPJ parece difícil que se plantee tras más de 40 años de vigencia y de funcionamiento del CGPJ a pesar de las críticas que ha podido sustentar a lo largo de estos años. La constitución del CGPJ debía expresar el pluralismo presente en la sociedad y en la organización judicial, ya que el objetivo era garantizar una composición plural del órgano de gobierno del Poder Judicial que tuviera su correspondiente reflejo en su actuación, y, más en particular, que sus decisiones fueran a su vez manifestación de dicha composición plural, en particular cuando se trata de tomar decisiones particularmente relevantes como las que tienen que ver con el nombramiento de los altos cargos judiciales. Si se suprime el CGPJ no mejoraría la independencia efectiva de los jueces españoles, es decir, devolver al Ministerio de Justicia la administración del estatuto del juez no supondría una mejora, ya que tampoco desaparecerían los nombramientos discrecionales y serían más cuestionados. Tampoco mejoraría el sistema si en lugar del Consejo, adoptaran estas decisiones un triunvirato formado por el presidente del Tribunal Supremo y dos adjuntos, ya que el sesgo de arbitrariedad y falta de independencia en estas decisiones no se podría evitar, de forma que no se evitaría la polémica y se perdería la casi plena transparencia a la que se ha llegado en las decisiones del Consejo. La dimensión ejecutiva, gubernativa, del Presidente del Tribunal Supremo, es decir, un presidencialismo encubierto, ya que ejerce un rol casi de ministro, tampoco parece una buena solución, ya que preside el Tribunal Supremo y representa el Poder Judicial, pero el CGPJ debe organizarse de manera que sea posible su funcionamiento sin que dependa de la posición jerárquica del Presidente.

En esencia, el CGPJ no dispone de capacidad de decisión sobre los medios personales y materiales a su disposición, pero pueden solicitarlos en función de las necesidades de personal y material, que pueden ser atendidas o no por las Administraciones competentes. La realidad demuestra que los juzgados y tribunales no disponen ni del personal cualificado suficiente, ni de las infraestructuras e instrumentos técnicos precisos para cumplir eficientemente su cometido. La solución a estos problemas seguramente es mejor articularla en un órgano colegiado, cuyo pluralismo permitirá articular posiciones de diferente naturaleza y con conocimientos distintos, que en un órgano marcado por un presidencialismo y una perspectiva meramente técnica de los problemas.

Actualmente el CGPJ no puede ser considerado como órgano de autogobierno judicial, siendo más pacífico considerarlo como órgano autónomo, o incluso como órgano con marcados rasgos de heterogobierno judicial, ya que en sentido estricto el CGPJ puede considerarse un heterogobierno, concretado en un

órgano autónomo, compuesto por especialistas en cuestiones jurídicas, pero de carácter mixto, con jueces profesionales y otros juristas no profesionales de la Magistratura, cuya Presidencia corresponde al Presidente del Tribunal Supremo, designado a propuesta del propio Consejo.

En cualquier caso, la presencia de un CGPJ junto a los otros órganos del Estado no es imprescindible en un Estado constitucional. Así lo demuestra la existencia de grandes democracias que no cuentan con un órgano similar, a pesar de que la independencia del Poder Judicial constituye también allí uno de los pilares esenciales del Estado. En España, la fuerte vinculación de la magistratura española al ejecutivo durante el pasado hacía necesaria la adopción de medidas reforzadas de salvaguarda de su independencia, con la lógica de que la sustracción al poder ejecutivo de aquel conjunto de competencias de organización y gestión del estamento judicial evitara ser instrumentalizadas por las fuerzas políticas⁸⁴.

Ahora bien, seguramente es cierto que un autogobierno o un gobierno autónomo judicial es la mejor alternativa para defender la independencia, pero no lo es menos que las justificaciones de la introducción del CGPJ en la Constitución para organizar mejor los recursos, para limitar la intervención del ejecutivo y garantizar mejor en la sociedad la independencia judicial, sobre todo en los medios de comunicación, no se han conseguido en su plenitud, ni siquiera internamente ya que las decisiones del CGPJ no siempre se garantizan con plena transparencia y sin influencias, sobre todo de las asociaciones judiciales.

Las alternativas a la situación actual del CGPJ pueden resumirse en tres: sustituir al órgano constitucional por el Ministerio de Justicia, actuar constitucional y legalmente respetando la existencia del CGPJ y no modificar nada de la Constitución que con su apertura ha permitido y generando por vía legislativa diferentes modelos de configuración del CGPJ.

La supresión del CGPJ y el ejercicio de las competencias en materia de administración de justicia por el Ministerio va a ser difícil que pueda generar un consenso, seguramente aumentará el conflicto, generará más falta de independencia externa, críticas por falta de transparencia en la gestión y falta de equilibrio en su plasmación. Por estos motivos, seguramente una reforma mixta, constitucional y legislativa, manteniendo al CGPJ como órgano constitucional, favorecerá algunos de los aspectos críticos planteados como puede ser la reducción en la composición del órgano a diez miembros con dedicación a

84. Vid. AGUIAR DE LUQUE, L., «El gobierno judicial en el Derecho comparado: entre la dirección política y la gestión administrativa», en *El Gobierno del Poder Judicial. Una perspectiva comparada*, CEPC, Madrid, 2012, p. 4.

tiempo completo durante el mandato, que vuelva a funcionar como un órgano colegiado abandonando las veleidades presidencialistas y de órgano técnico controlado por los Letrados, mejorar la diversificación y el pluralismo del Consejo, evitando un control por parte de las asociaciones y los partidos políticos con mejor transparencia en el proceso de designación y nombrar al Presidente en votación secreta.

Este análisis sobre el CGPJ y las repercusiones que puede tener la falta de su renovación, la disminución de las garantías de la independencia judicial y las dificultades que genera la politización de la justicia en el principio del Estado de Derecho pueden tener unas consecuencias en el cumplimiento de las obligaciones de la Unión Europea, que incluso han ocasionado recurrir a la mediación del Comisario de Justicia de la Unión Europea para superar las dificultades que han acompañado al proceso de nombramiento de los vocales judiciales del CGPJ entre los partidos mayoritarios.

En este contexto, se debe tener en cuenta que situaciones similares han llegado a ser valoradas dentro del contexto europeo, sobre todo en relación a la labor de los Tribunales Constitucionales en Hungría y Polonia⁸⁵, y en relación con el Consejo Nacional de Poder Judicial, órgano similar al CGPJ, en Polonia, que tras una reforma pasaban de ser elegidos por los jueces entre sus miembros a ser seleccionados por la Dieta o el ejecutivo entre sus miembros⁸⁶. La Comisión de Venecia ha recomendado que los CGPJ o los órganos de similares características para garantizar la independencia y autonomía del poder judicial pertenezcan al patrimonio constitucional común y los Estados pueden optar por su creación, pero deben tener una composición pluralista, debiendo ser jueces la mayoría de sus integrantes, que sean elegidos o designados por sus pares, con la excepción de los miembros no judiciales⁸⁷. Este modelo coincide con el diseñado por los constituyentes y con su intención

85. Sobre la crisis de los Tribunales Constitucionales en Hungría y Polonia, vid. BIAGI, F., «La neutralización de los Tribunales constitucionales en los régimen populistas-íliberales: un análisis a partir de los casos de Hungría y Polonia», en AAVV, *Poder, constitución y neutralidad*, Juan Carlos Gavara de Cara - Josu de Miguel Bárcena (eds.), J. M. Bosch editor, Barcelona, 2023, p. 311-346. Sobre las medidas para respetar la independencia judicial en el Estado de Derecho en el marco de la UE, vid. GONZÁLEZ CAMPAÑÁ, N. «La defensa europea de la independencia del poder judicial en el marco de la protección del Estado de Derecho: la crisis del CGPJ en España», *op. cit.*, p. 457 y ss., en especial p. 464 y ss. Si la independencia de los jueces nacionales está en riesgo, los principios de confianza y reconocimiento mutuos entre los Estados también peligrarían, sobre este asunto, BIGLINO CAMPOS, P. «Los retos a la independencia judicial», en AAVV, *Derecho Constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Aragón Reyes, M; Valadés, D; Tudela Aranda, J. (Coord.), Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2023, págs. 377- 396.

86. STJUE Comisión v. Polonia, 15 julio 2021, C-791/19, ap. 104.

87. Sobre los informes de la Comisión de Venecia en la materia, vid. CASTELLÀ ANDREU, J. M^a, «Estado de Derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 2022, Vol. 70, núm. 1, p. 35-53; BIGLINO CAMPOS, P. «Los estándares europeos sobre la elección de los consejos judiciales», *Revista General de Derecho Constitucional*, 2023, núm. 38, p. 7; CASTELLÀ ANDREU,

originaria en nuestro caso, tal como se ha señalado con anterioridad. El TEDH se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre los consejos judiciales⁸⁸, sobre todo vinculado al caso de Polonia⁸⁹. También el TJUE se ha pronunciado en otras ocasiones sobre la manera de designar a los miembros del Consejo Nacional del Poder Judicial polaco⁹⁰, que dieron lugar a la imposición de las multas (art. 260 TFUE) cuando Polonia rehusó cumplir la orden de suspensión de un conjunto de leyes que vulneraban la independencia judicial⁹¹, además ha ocasionado que la Unión ha bloqueado la entrega de los fondos de recuperación a Polonia hasta que este país emprenda varias reformas destinadas a garantizar la independencia de su sistema judicial y cumpla con las obligaciones impuestas por el TJUE⁹². En esencia, los consejos judiciales deben de estar al margen del resto de los poderes del Estado y, cuando parte de sus miembros son jueces, estos vocales deben ser elegidos por sus pares⁹³, aunque un modelo similar ha sido criticado por fomentar el corporativismo⁹⁴. En cualquier caso, la elección exclusivamente parlamentaria de todos los vocales puede ser legítima desde el punto de vista democrático y literal, pero es difícil de articular con las exigencias que impone Europa acerca de la composición de dichos órganos en garantía de la independencia judicial⁹⁵. Por eso, para superar la situación de bloqueo político del CGPJ, se considera que la

J. M^a, «La aportación de la Comisión de Venecia a la preservación del Estado de Derecho», *Revista General de Derecho Constitucional*, 2023, núm. 38, p. 21 y ss., en especial, p. 36.

88. Sobre la jurisprudencia del TEDH acerca de los consejos judiciales, BUSTOS GIBERT, R. *Independencia judicial e integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 106-111 y 157-164.

89. El TEDH ya había reconocido la falta de independencia del Consejo Nacional Judicial polaco en las sentencias Reczkowicz v Polonia, 22 julio 2021, Dolińska-Ficek and Ozimek v Polonia, 8 noviembre 2021, Advance Pharma SP. Z O.O v Polonia, 3 febrero 2022, Grzeda v Polonia, 15 marzo 2022, Juszczyzyn v Polonia, 6 de octubre de 2022.

90. STJUE AK y otros, 19 noviembre 2019, C- 585/18; AB y otros, 2 marzo 2021, C 824/18; Comisión v. Polonia, 15 julio 2021, C-791/19.

91. Auto TJUE Comisión v. Polonia, 27 noviembre 2021, C-204/21 R.

92. BIGLINO CAMPOS. P., «Los estándares europeos sobre la elección de los consejos judiciales», *op. cit.*, p. 11. Sobre el juego en equipo entre TEDH y TJUE, vid. CAPPUCIO, L., «La Unión Europea y la defensa de los valores sancionados en el artículo 2 del Tratado. La 'no neutralidad' del proyecto de integración supranacional», en AAVV, *Poder, constitución y neutralidad*, Juan Carlos Gavara de Cara - Josu de Miguel Bárcena (eds.), J. M. Bosch editor, Barcelona, 2023, p. 356 y ss., en especial, p. 362 y ss.

93. BIGLINO CAMPOS. P., «Los estándares europeos sobre la elección de los consejos judiciales», *op. cit.*, p. 17.

94. Desde un punto de vista doctrinal, CAAMAÑO, F., «El casco de Hades y la independencia judicial», *Revista de Estudios Políticos*, 2022, núm. 198, p. 87.

95. BIGLINO CAMPOS. P., «Los estándares europeos sobre la elección de los consejos judiciales», *op. cit.*, p. 18. Sobre la crisis del CGPJ en España y la intervención europea para prevenir erosiones constitucionales, GONZÁLEZ CAMPAÑÁ, N. «La defensa europea de la independencia del poder judicial en el marco de la protección del Estado de Derecho: la crisis del CGPJ en España», *op. cit.*, p. 475 y ss.

mejor forma de forzar la renovación del Consejo sería regresar a la elección de los vocales judiciales por sus homólogos⁹⁶.

Seguramente para solventar muchos de los problema planteados solo es necesario tener una voluntad política de respetar al órgano Constitucional CGPJ con lealtad institucional, así como sus funciones y potestades constitucionales, sin necesidad de influenciar políticamente en su designación y sin recurrir a grandes reformas constitucionales para alterar el camino recorrido en estas décadas de vigencia, salvo en aspectos concretos. El riesgo de no tomar en serio al CGPJ puede convertirnos en un nuevo caso polaco, sufrir condenas y sanciones de la Unión Europea, por no aplicar correctamente el alcance del principio del Estado de Derecho y la garantía de la independencia judicial.

Finalmente, se debe destacar que la reciente Ley Orgánica 3/2024, de 2 de agosto, de reforma de la LOPJ, ha establecido en la Disposición adicional que, en el plazo de seis meses, el CGPJ elaborará un informe con objeto de examinar los sistemas europeos de elección de los miembros de los Consejos de la Magistratura análogos al Consejo español y una propuesta de reforma del sistema de elección de los vocales designados entre jueces y magistrados aprobada por una mayoría de tres quintos de sus vocales, conforme a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución, que garantice su independencia y que, con la participación directa de jueces y magistrados que se determine, pueda ser evaluada positivamente por el informe del Estado de Derecho de la Comisión Europea, en la que se establezca un Consejo General del Poder Judicial acorde con los mejores estándares europeos. Dicha propuesta será trasladada al Gobierno, al Congreso de los Diputados y al Senado para que, por los titulares de la iniciativa legislativa, basándose en ella, se elabore y someta a la consideración de las Cortes Generales un proyecto de ley o proposición de ley de reforma del sistema de elección de los vocales judiciales para su debate, y en su caso, tramitación y aprobación. No obstante, garantía de que se aprobará por parte de las Cortes Generales la propuesta del CGPJ, si finalmente se elabora antes de finales de febrero de 2025, no se puede deducir de esta Disposición Adicional.

El CGPJ constituyó a finales de septiembre de 2024 un grupo de trabajo para elaborar dicho informe sobre el sistema de nombramiento de los vocales de procedencia judicial. La posterior propuesta del CGPJ deberá garantizar la in-

96. Un análisis global de todas las posiciones europeas e internas sobre el CGPJ en ORTEGA GUTIÉRREZ, D., «Elección del Consejo General del Poder Judicial: un análisis panorámico», *Revista de Derecho Político*, 2022, núm. 114, p. 13-45. Asimismo, SASTRE LEGIDO, R. «Propuesta para una solución definitiva para la renovación del Consejo General del Poder Judicial», *Boletín Digital Contencioso*, 2022, núm. 32, p. 25-31 y 2023, núm. 33, p. 31-37.

dependencia de estos vocales de procedencia judicial en un contexto donde los intereses políticos han jugado históricamente un papel dominante, mediante la introducción de un proceso de participación directa de jueces y magistrados que parece evocar un regreso al sistema electoral previsto en la LOCGPJ de 1980. Además, se ha planteado la necesidad de que esta reforma sea «evaluada positivamente por el informe del Estado de Derecho de la Comisión Europea», lo que parece indicar que la futura reforma depende de la validación externa para garantizar la legitimidad interna, aunque no se indica si dicha evaluación se debe realizar con anterioridad o posterioridad a la aprobación de futura ley, ni las consecuencias de dicha evaluación.

En cualquier caso, no se puede dejar de destacar que esta reforma se debe realizar en un contexto con los mismos actores que han provocado el bloqueo institucional que ha impedido la renovación del CGPJ desde 2018, por lo que es de prever que su aprobación definitiva será de extrema dificultad. El CGPJ debe proponer una reforma que dependerá en su aprobación de un Parlamento profundamente politizado, pero además el nombramiento del actual CGPJ ha sido influido por la política, por lo que se genera dudas de que pueda realmente producir una reforma que despolitice el sistema como se ha podido comprobar con el proceso de nombramiento del actual Presidente del CGPJ.

XI | Breves reflexiones sobre la magia del derecho

M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera¹

Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

«(...) observa con ojos brillantes todo el mundo que te rodea porque los mayores secretos siempre se esconden en los lugares más insospechados. Quien no crea en la magia, jamás la encontrará» (The Minpins. Roald Dahl).

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. LA MAGIA Y EL DERECHO. 2.1. MAGIA Y DERECHO. 2.2. CARACTERES DE LO JURÍDICO. 2.3. SIGNIFICADOS DE LA MAGIA. 3. ALGUNAS ILUSIONES DE LO JURÍDICO. 3.1. MANIFESTACIONES. 3.2. APLICACIÓN. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA

1. Premisa

En los años ochenta del siglo xx, cuando en la Facultad de Derecho de la UAB regía un plan de estudios particular, el de 1985, el Derecho Civil I (Introducción y Derecho de la persona) era asignatura de primer curso, en contraste al resto de Universidades que seguían el plan de 1953² en el que se impartía en el segundo curso. Esta ordenación implicaba que la única materia de derecho positivo del curso académico era el Derecho Civil lo que, para quienes teníamos que transmitir las nociones jurídicas básicas en clase comportaba cierta dificultad, en particular por carecer el alumnado de conocimientos de derecho positivo y especialmente sobre la organización judicial del sistema. Solventaba la dificultad, hasta que se modificó el plan de estudios en 1992³, mediante la inestimable ayuda y docencia del profesor Manuel Jesús CACHÓN CADENAS a quien cada curso académico invitaba a dar una clase muy enriquecedora y di-

1. Manolo: tus enseñanzas siempre evocaron la ilusión de lo posible en el espacio jurídico.

2. Si no recuerdo mal tenían plan especial, que era una remodelación del de 1953, además de la UAB, las Facultades de Derecho de Sevilla y de la Autónoma de Madrid.

3. Origen, en parte, de los planes vigentes actualmente.

dáctica sobre la materia procesal. En el transcurso de la clase el alumnado tenía la oportunidad de conocer, y aprender, la organización del poder judicial, los tipos de tribunales, los procesos, distinguir entre una demanda y una denuncia...etc. Enseñanzas básicas e imprescindibles para quien se inicia en los estudios de Derecho. Por entonces el Derecho procesal se radicaba en los últimos cursos de la Licenciatura.

Siempre agradeceré la generosa aportación de Manuel CACHÓN y el especial cuidado que ponía en la transmisión de los conocimientos de manera clara y sencilla, dotándolos de vida jurídica y haciéndolos asequibles, convirtiendo la realidad en la magia contenida en los conceptos, nociones jurídicas y las reglas vigentes, acompañándola de relatos enriquecedores e ilustrativos.

De ahí, en parte, la justificación del tema que he elegido para este escrito de homenaje. Siempre he sostenido, en clase, que el Derecho, *rectius*, la Ciencia jurídica, en la construcción de los conceptos, nociones e instituciones consigue resultados por mor de la magia que supone la elaboración abstracta y el toque imaginativo que, ineludiblemente, acompaña en esa labor a fin de conseguir el o los efectos perseguidos; ordenación de las relaciones sociales conforme a los principios y valores. La creación técnica jurídica en la construcción de las instituciones y en la adopción de la regla apropiada, hace posible, mediante el instrumento de la magia (hacer real lo irreal) la toma en consideración de intereses y la adaptación de las normas (lo vigente) a los valores y principios que la sociedad reclama, en particular en el ámbito de las relaciones privadas.

En las líneas que siguen de manera breve, intentaré ofrecer una panorámica general acerca de la interconexión que existe entre la Magia, el Derecho, que pienso comparto con el profesor CACHÓN.

2. La magia y el derecho

La noción de magia aplicada a lo jurídico no ha ocupado especialmente a la doctrina jurídica privatista, lo que no significa que sea ajena a ella, contrariamente, en los estudios sociológicos y filosóficos es idea sobre la que se discurre concurrentemente, desde distintos y variados enfoques. Asimismo, aparece llamada cuando desde la investigación se presta atención a los sistemas jurídicos más antiguos (en la perspectiva histórica), en especial al Derecho Romano y, en general, los que se asocian a las culturas más primitivas (sean o no pueblos indígenas). En cambio, se ha prestado más atención a determinar la noción y a justificar otros conceptos, en cierto modo emparentados, como las ficciones jurídicas, en las variadas manifestaciones y fórmulas en las que se formulan en los textos normativos. Ficciones que, según cómo se conceptúen,

en cierta manera son plasmación de lo que expresa la noción de la magia jurídica.

Acerca de éstas, indica LUNA SERRANO⁴, que «Puede decirse, en efecto —con una apreciación realista (...) que «la *fictio iuris* consiste en representar en una determinada relación digna de protección jurídica la existencia de presupuestos de derecho o de hecho o, respectivamente, la inexistencia de los mismos, con el fin de hacerle alcanzar los efectos jurídicos que en otro caso no conseguiría». Lo que puede concluir con la afirmación de que “En definitiva, la ficción modifica el hecho con el fin de dotarle —y aquí se encuentra, a lo que creo, la explicación más plausible de la cuestión— de una falsa calificación de la que hace derivar las consecuencias jurídicas perseguidas»⁵.

Con todo, en mi opinión, la magia en el Derecho, tal y como la concibo cuando relaciono ambos términos es más amplia que la de ficción, aunque la comprende, pues la sobrepasa. Ésta es sólo uno, entre los demás instrumentos o medios de que dispone el Derecho, a través de los que actúa cuando interviene en la construcción de lo jurídico y de la normativa positiva.

2.1. Magia y derecho

Aun siendo escasas las relaciones que se establecen, en la doctrina, entre Magia y Derecho, en todas concurre una presentación y formulación común. La referencia se establece respecto de las creaciones literarias, muy ocasionalmente con el arte⁶, en especial a través de las historias ancestrales de la literatura clásica (griega y romana), o directamente de la miología que, en cierta medida influyeron en las ordenaciones jurídicas de entonces. Más avanzada la historia, la vinculación entre la Magia y el Derecho acostumbra a establecerse con los cuentos, fábulas y narraciones, orales y escritas, recopiladas o no⁷, formuladas en los siglos dieciocho y diecinueve a las que se emplea como aleccionadoras de cómo se debe actuar, de lo que sea bueno o malo, lo que se consigue, lo que ha de seguirse, ejemplos y modelos que sirven para asegurar un orden conforme a los valores imperantes en la sociedad (*ubi societas ibi jus*), en una determinada de un momento concreto. Si nos acercamos al siglo XX y al actual

4. Agustín LUNA SERRANO. *Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número i contestació de l'acadèmic de número Ilmo Dr. Sr. Ramón Badenes Gasset. Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona 2004, pp. 66

5. LUNA SERRANO, ob cit, *Las ficciones del Derecho*, pp.93

6. Así, Gregorio PESES-BARBA MATÍNEZ, «Derecho y arte» en *Letra internacional* N°81, 2003

7. Así las colecciones de cuentos de los hermanos Jacob y Wilhelm GRIM, de Hans Christian ANDERSEN, o de Charles PERRAULT.

en curso, la dependencia de relación entre la Magia y el Derecho, más o menos explícita, se establece en relación con las creaciones literarias que contienen mundos de fantasía⁸ con órdenes propios, sociedades y conflictos personales, tan reales como los materiales: *El señor de los anillos*, de J.R.R. TOLKIEN (1892-1973) o *La historia interminable* de Michael ENDE (1929 - 1995), en los que, se barajan la realidad fantástica con las normas que rigen en dichos mundos y espacios intemporales, paralelos a los conflictos y a la asunción de valores que se han de afrontar por los ordenamientos jurídicos. Sin dejar en el olvido, finalmente, para tener una visión completa de todo el panorama, en la actualidad más inmediata, las realidades que aparecen propiciadas por las tecnologías de la comunicación, el espacio y medios digitales, la inteligencia artificial....

La relación entre estas obras literarias y las creaciones jurídicas que justifica el binomio Magia y Derecho, dos términos relacionados pero que no se confunden, resulta de uno de los caracteres del Derecho: su esencia comunicativa. El dato contrastado de que la realidad jurídica representa al grupo social, en concreto a una determinada sociedad de un tiempo, en la que las personas conviven y, por ende, se comunican⁹, y lo hacen a través de las palabras (el lenguaje) en las que se manifiesta, y en que el Derecho, entre otras ciencias, publicita el mensaje acordado, en el que se ha convenido.

El potencial comunicativo del Derecho mediante el lenguaje y de ahí la utilidad, y la utilización de la historia, el cuento o la creación fantástica en la que confluyen los elementos que se han de transmitir para la enseñanza y el aprendizaje de la ciencia jurídica. El caso de la realidad (práctico) que alecciona e incentiva al pensamiento, a la cavilación y la novedad (innovación) mediante la puesta en práctica de la aptitud de imaginar del alumnado, de las personas en general a las que se ha de aplicar. De esto, como se ha dicho en las primeras líneas de este escrito, conoce sobradamente el profesor CACHÓN CADENAS, que es un experto en ello.

Pues bien, sin dejar de lado esta importante relación y faceta, en este escrito pretendo llamar la atención sobre la implicación efectiva que se puede establecer (y de hecho existe) entre la Magia y el Derecho. ¿Qué entiendo como implicación efectiva? Dónde y cómo se manifiesta y percibe en la regulación que el Derecho actúa como agente de magia para procurar la satisfacción y resolu-

8. José Ramón NARVÁEZ HERNÁNDEZ, *La fantasía en la docencia universitaria: el caso del derecho* Por Aula Magna Dic 2007, <https://www.semanarioaulamagna.cl/columnas-de-opinion/1085-la-fantasia-en-la-docencia-universitaria-el-caso-del-derecho>

9. *Vid*, Gregorio ROBLES MORCHÓN, *Comunicación, lenguaje y Derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del Derecho*. Resumen del Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Madrid. 2009 BOE.es

ción de lo que se propone en la sociedad; lo que efectúa construyendo conceptos, nociones, instituciones para ordenar, en la sustancia y en la manera en que da forma jurídica y reconoce efectos.

Es decir, en lo que se plasma la fantasía o magia, las instituciones, los conceptos, nociones jurídicas..., la sustancia (supuesto de hecho + régimen), de una parte, que integra la regla, y el modo en el que se manifiestan, aparecen al exterior, o sea, la forma.

No es posible desarrollar *in extenso* y detalladamente todas y cada una de las magias contenidas en las reglas vigentes. Baste con poner de manifiesto algunas, a título de ejemplo y sin exhaustividad, pues la pretensión modesta de estas líneas es despertar y publicar un carácter de lo jurídico que, con demasiada frecuencia y desafortunadamente, se margina en las investigaciones jurídicas.

2.2. Caracteres de lo jurídico

Un dato importante que retener de lo jurídico privado es el carácter del objeto —materia que toma para la formulación de las instituciones y de las reglas que comportan la ordenación. Las relaciones, situaciones y hechos que acontecen en la vida humana social, en general son previos, preexisten a la construcción de la noción y, por supuesto, de lo que llegue a configurarse como institución, la regla y los efectos correspondientes.

Cierta constatación no es novedad sino elemento que define o, mejor, integra toda Ciencia Social y de ahí al no ser excepción, la jurídica. La conocida posteridad del Derecho respecto de la resolución del conflicto o situación que haya de afrontarse. No existe, en consecuencia, nada diferente de lo que viene dado, de dónde podría concluirse en que poca magia o fantasía es predicable de lo jurídico pues es la toma de lo material extrajurídico tal y como está, anudando (reconociendo) el efecto que corresponda. A buen seguro lo que se espera, en la ordenación jurídica, es que la fórmula que se llegue a adoptar (institución, concepto...) sea lo más fiel posible a dicha realidad y entorno.

Fundamentalmente ocurre como se ha descrito, y cuando opera, la realidad material o extrajurídica preexistente no sólo es objeto sino también fundamento, justificación de porqué se ordena, porqué se limita la libertad de la persona para decidir, elegir..., etc., en suma, hacer lo que desee, ya que se entiende que el Derecho interviene o se considera que debería actuar, subsidiariamente cuando en la realidad social – material previa no parece existir solución.

No obstante, si se observa desde la perspectiva de este siglo XXI, no sólo debe considerarse ese factor material – natural previo, un simple repaso de la historia social y jurídica lo prueba. La evolución de la sociedad, *rectius*, de las relaciones privadas *in genere*, sin especificar la causa (el porqué) y el cómo (el medio) muestra que se trata de un fenómeno que a la complejidad de la materia agrega la necesaria toma en consideración de valores y principios por los que se mueve una sociedad concreta (a la que se dirige la norma). Sin especificar, indico, qué provoca el cambio o evolución, es decir, sea cual sea el factor, ya sea consecuencia de la aparición de un invento, una técnica, una ciencia, un medio o vía de comunicación, o derive simplemente de la evolución de los principios y valores. «Los principios —señalaba DWORKIN— (...) orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos. Aunque no prevalezcan»¹⁰

La respuesta esperada de la regla jurídica procura que se acomode a la realidad, en la medida de lo posible, para que realidad extrajurídica y jurídica coincidan, pero no sólo. En efecto, porque a través de lo jurídico se pretende resolver la cuestión, lo que junto a la realidad material obliga a considerar la concurrencia de la realidad intelectual, entendiendo por tal la que nace de las creencias, valores en general del grupo social que se han ido conformando a lo largo del tiempo junto a aquella. La intervención de lo jurídico, pasar a formar parte de una reelaboración querida opera también sobre esas la realidad intelectual previa que pueda existir. De donde la intervención jurídica toma en cuenta ambas realidades extrajurídicas: la material (natural) y la intelectual previa.

Cuando sucede la intervención de lo jurídico, en inicio tiene lugar una correspondencia en la que la valoración jurídica, la entrada en ese mundo, lo que añade a lo previo es su incorporación que se suma a lo que ya existía y mantiene: asunción e incorporación de lo previo por la norma jurídica. Este modo de actuar comporta que, a partir de entonces se calificará y valorará la realidad extrajurídica asumida a través de lo que se dispone en la norma. En este simple trasvase de la realidad extrajurídica a la norma ya actúa la Magia de lo jurídico, ¿Cómo? Al hacerlo visible, general y común, mediante su acogimiento (entrada) en el tráfico jurídico, al menos para el grupo social al que afecte.

Sucede, además, que, aunque se parte necesariamente de esa realidad material el dato añadido de la construcción jurídica en sí aporta magia en la medida en que sobrepasa la realidad (material e intelectual) anterior. En efecto, pues la

10. Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio* (traducción de Marta GUASTAVINO), 2^a ed. Ed Ariel S.A, 1989, pp. 89.

pretensión, al ordenar jurídicamente, es resolver conforme a determinados intereses y valores que no siempre coinciden con los materiales dados, debido a que, en la mayor parte de los casos los sobrepasan.

El Derecho (la norma jurídica) al convertir lo contingente en necesario, el orden jurídico, añade el *plus* (que es querido) de la obligatoriedad, pero también, cuando crea más allá de la realidad que ya existe, su intervención, produce resultados, queridos, pero sólo propios (jurídicos) y relevantes porque son los que tienen valor en la sociedad determinada en la que rige (y se ha de aplicar).

En lo que afecta al lenguaje empleado para explicar y comunicar una noción o institución jurídica sucede lo mismo que se ha relatado. El lenguaje ordinario del Derecho es el lenguaje natural, es decir el que, habitualmente se utiliza en la vida ordinaria que es previo, pero disiente de éste en que las palabras, los verbos, la construcción de las frases y oraciones se matiza. El sentido (entendimiento) de las palabras, las frases se puntualizan hasta crear términos propios e incluso dotar de significados específicos a las palabras, que otorgan autonomía propia. De manera tal que acaba siendo un lenguaje técnico: el jurídico. En éste se produce la magia formal que reviste la institución, noción, concepto, e incluso identificación, al imponer un *nomen*, y justificar la propia creación (construcción) jurídica distinta, si procede, de la previa.

De una parte, la creación y construcción jurídica comporta el efecto extraordinario de encuentro (hallazgo) de la resolución; de otra, es manifestación de la puesta en práctica del intelecto humano, la actuación de la imaginación (creativa) jurídica en la búsqueda de soluciones.

De un modo u otro lo jurídico es el instrumento que permite la ordenación de los intereses en juego entre las personas, en el tráfico social y jurídico. Pero ¿Qué entender por magia del Derecho?

2.3. Significados de la magia

En el intento de ofrecer la formulación más adecuada que permite describir la noción de Magia del Derecho (o jurídica) que tengo en mente¹¹, dado que se está ante una palabra propia del lenguaje natural (no es terminología jurídica), se hace imprescindible tomar como referencia de partida la definición que se hace de ella en los diccionarios de la lengua.

11. Y, pienso comparte conmigo más de una persona.

El significado de la palabra «magia» que brinda el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es el de «Arte o ciencia oculta con que se pretende producir, valiéndose de ciertos actos o palabras, o con la intervención de seres imaginables, resultados contrarios a las leyes naturales»¹². También, entre otras acepciones, se identifica con el «Encanto, hechizo o atractivo de alguien o algo». Quizá es el primer sentido el que interesa, al efecto de su aplicación a lo jurídico. En cierta medida lo corrobora el Diccionario de María MOLINER¹³ en el que se precisa que la *magia* es el «Arte de realizar cosas maravillosas en contra de las leyes naturales por medio de ciertos actos o con la intervención de espíritus. Arte de realizar cosas en apariencia extraordinarias por medio de trucos, juegos de manos, etc.».

Nótese, de estas definiciones, que, en primer lugar, la magia, se conceptúa en sí, como un arte y que el Derecho «(...) desde Roma es considerado por muchos también un arte: *ars boni et aequi*, el arte de lo bueno y de lo justo», «(...) que necesita de una técnica y de unas formas de aproximación propias a la realidad social y a las relaciones entre las personas»¹⁴. Un arte que no es oculto, sino público en tanto que se ejercita, por lo que se refiere a las normas positivas, por los órganos a los que se encomienda la producción normativa (las cámaras legislativas). La Magia del Derecho no es oculta sino puesta en práctica de las artes propias (*la lex artis*).

El siguiente dato que describe a la Magia son los medios, los actos, intervenciones *in genere*, de los que se sirve para conseguir la producción de su realidad propia. En estos es donde se inserta lo jurídico. En efecto, de una parte, el Derecho, en sí y por sí es el instrumento que permite la creación de la nueva realidad y de consecuencias válidas para operar en el tráfico. Sin olvidar, de nuevo, que también es un arte que, para quien se dedica, comporta, la dominación de los recursos, medios e instrumentos propios (técnicos) de los que se ha dotado y de los que se compone (*lex artis* profesional) que son los que facilitan el efecto mágico. Entre éstos, como se ha dicho, el lenguaje, hasta el extremo de que se concibe al Derecho como lenguaje¹⁵.

12. DRAE, Edición del tricentenario. Actualización 2023. voz «Magia» <https://dle.rae.es/>

13. María MOLINER Voz «Magia», *Diccionario de uso del español*. Edición abreviada por la Editorial Gredos, Madrid. 2000, por supuesto acoge también el sentido de «Encanto o atractivo particular de alguna cosa, que parece fuera de la realidad o hace olvidarse de ella».

14. PECES-BARBA MATÍNEZ, ob cit, «Derecho y arte», pp 34

15. Leemos en ROBLES MORCHÓN (ob cit, *Comunicación, lenguaje*, pp. 675), «(...) independientemente de la concepción ontológica o metafísica que se pueda defender, parece algo incontrovertible que la expresión genuina de todo fenómeno jurídico es el ser cauce o canal de comunicación entre los humanos (...) subyace como centro de su reflexión la idea de que toda realidad jurídica es una manifestación de la convivencia humana y, como tal, un modo de entenderse».

En tercer lugar, la Magia se vincula a la producción de efectos, modificación de la percepción de la realidad material, de la que se predica su contrariedad a las leyes naturales. Aunque esta contradicción no siempre pretende eliminar, *per se*, los efectos naturales, si procede e interesa, e incluso no necesariamente ocurre.

El Derecho cuando actúa como Magia de la realidad social consigue consecuencias, efectos que no sólo pueden llegar a ser contrarios a las leyes naturales, sino, especialmente que sólo existen en la realidad jurídica, y todo ello coexistiendo, incluso, con los efectos naturales a los que se incorpora. Leemos que «la teoría debe conceder que hay afirmaciones de reglas normativas que no pueden ser explicadas como apelaciones a una norma social, por la razón de que no existe la norma social correspondiente»¹⁶.

Pero, aún hay más porque no sólo consigue producir efectos o consecuencias, sino que crea supuestos de hecho *ex novo*: invenciones de realidades jurídicas a las que anuda efectos, consecuencias, iguales a los naturales que se acogen.

En la conexión entre Magia y Derecho se va apreciando la aproximación y la noción que deviene.

Parafraseando definiría la *magia jurídica*, o magia del Derecho como el arte que valiéndose de la construcción intelectual de conceptos, instituciones y reglas jurídicas que, después, se incorporan (o no) a las normas positivas vigentes, crea entidades y produce o provoca resultados (consecuencias) que las leyes naturales no consideran e incluso que son contrarios a ellas, pero conformes con los intereses de una sociedad determinada.

Mediante la Magia se consigue una ordenación de los intereses en juego y el reconocimiento en el círculo o grupo social al que son aplicables las normas jurídicas que contienen las disposiciones, conforme con determinados intereses y relaciones del mismo, que, de alguna manera, sólo existen (son) en el ámbito jurídico.

A fin de concretar la idea, conviene relacionar la noción que se maneja de Magia con lo que se identifica como Fantasía, manifestación o puesta en práctica, realización, de alguna manera, de aquella a través de la escritura¹⁷.

16. DWORKIN, ob cit, *Los derechos en serio* pp. 109

17. Juan Pablo LIONETTI DE ZORZI (2016) Derecho y fantasía, Encuentro Internacional *Ficción y Derecho*. Buenos Aires, Facultad de Derecho. U.B.A. El trabajo fue expuesto el día 30 de Julio de 2016, en el salón azul de la mencionada Facultad <http://www.revistapersona.com.ar/Persona95/95Lionetti.htm>, https://www.academia.edu/27421155/Derecho_y_Fantas%C3%ADA.

Como se ha adelantado, las historias y narraciones plasmadas en relatos, transcritos, o no, en escritos, habitualmente se han empleado como símbolos en la enseñanza jurídica, una muestra, se dice, de la magia, en la que se contiene la percepción de una realidad que se quiere conseguir o realizar en la vida y grupo social. La literatura fantástica referida a mundos, comportamientos y conductas.

A tenor de lo que describe el Diccionario de la Real Academia de la Lengua¹⁸, la Fantasía es la «Facultad que tiene el ánimo de reproducir por medio de imágenes las cosas pasadas o lejanas, de representar las ideales en forma sensible o de idealizar las reales»; una aptitud humana, predicada de la persona, que comporta imaginación, creatividad, inventiva. Significado que reitera el Diccionario de María Moliner¹⁹ al referirse a la «imaginación creadora, o sea a la facultad de la mente para representarse cosas inexistentes; particularmente, para inventar seres y sucesos y crear obras literarias y de arte».

En esta línea se dice «Derecho y magia se interpenetran, pues el problema que tienen que resolver es idéntico: el del establecimiento de una continuidad (entre personas para el derecho, entre mundos para la magia) que pueda pretender alcanzar una robustez mínima, la del establecimiento de un vínculo efectivo, el de su factura concreta»²⁰.

3. Algunas ilusiones de lo jurídico

Refiriéndose al Derecho Romano decía DE SUTTER²¹ que «La magia era un medio técnico que permitía garantizar un derecho, en una época en el que el hecho de contratar no implicaba, aún obligación en sentido estricto, sino que se limitaba a tomar la forma de un compromiso, de una *declaración de prenda* de un cuerpo de un individuo en provecho de otro. La magia era la condición requerida para la instauración de un vínculo de derecho en la época en que la dinámica de ese vínculo no había tomado aún la forma reciproca». Es decir, antes de que se configurara el contrato como noción jurídica²², esta magia de la prenda corporal se utilizaba como signo de un compromiso desigual y unilateral. Más tarde, en la historia del derecho, acogido jurídicamente el contrato

18. DRAE, ob cit, voz «Fantasía»

19. MOLINER, ob cit, *Diccionario*, voz «Fantasía»

20. Lauren De SUTTER *Magia: una metafísica del vínculo social* (traducción de Luis Alfonso PALAU). (1 ed.). Barcelona, Herder Editorial (2023). Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uab/230041?page=42-43>

21. De SUTTER. ob cit. *Magia: una metafísica del vínculo social*, pp 24.

22. Lo que, como es conocido, sucede a partir del racionalismo iusnaturalista, siglos XVII en adelante. Me remito a lo que expliqué en *Estructura y función del tipo contractual*, Ed. Bosch, Barcelona 1979.

como tipo jurídico básico para el intercambio de bienes y servicios, fundado en el consentimiento de las personas, la magia jurídica, añado, no desapareció, sino que se perfeccionó. Hasta el extremo que el consentimiento, el *común sentire* de las partes sobre una materia común en la que confluyen sus voluntades, que ahora son dos como mínimo, elemento intelectual, intangible y vinculado a las personas, es el que determina, *per se*, la existencia jurídica del contrato. «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio» (art. 1254 CCe)²³.

No ha desaparecido la magia jurídica sino, a contrario, ha evolucionado y se ha perfilado a medida que se ha ido construyendo la ciencia jurídica. Y esta magia consiste, cada vez con mayor claridad, en la perfección de los conceptos, instituciones, tipos que se formulan y acogen en las leyes vigentes, pues el objetivo es de dar la respuesta adecuada a los intereses y necesidades de la sociedad.

En el siglo XIX, el poder de la magia se recogió en las formulaciones de los cuerpos legales, los códigos que ordenaron las normas y sistematizaron las instituciones conforme a las construcciones doctrinales propias del momento.

Códigos que se han mantenido y perfeccionado, al compás de la evolución social y jurídica pero que no han fosilizado o petrificado ni la institución ni su régimen. La evolución de la institución extrajurídicamente ha ido encontrando reflejo en las modificaciones que se han ido introduciendo en ellas. Así, viejas instituciones perviven, incluso bajo el *nomen* originario, pero, por mor de la magia jurídica, totalmente transformadas.

3.1. Manifestaciones

Al ejemplo paradigmático del contrato se pueden añadir algunos más, que confirman la idea expresada. Partiendo de la configuración de las instituciones civiles plasmadas en los ordenamientos jurídicos en la codificación civil, ordenación y sistematización que aún pervive, se encuentran en estos cuerpos lega-

23. En la *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* de la Comisión de Codificación civil española, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 2023, se define al contrato en el artículo 1218 de la siguiente manera:

«1. Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y establecer las reglas que le serán aplicables.
 2. Hay contrato si las partes tienen intención de vincularse y han alcanzado un acuerdo suficiente que permita su ejecución, sin perjuicio de que hayan dejado algún aspecto pendiente de ulteriores negociaciones.
 3. El presente título contiene las reglas generales aplicables a todos los contratos, incluidos los contratos con consumidores o usuarios, siempre que sus normas no se opongan a las reglas especiales que les sean de aplicación».

les, y en general en las leyes civiles, palmarias manifestaciones del modo de operar mágico de lo jurídico.

Como se ha apuntado, la trasmutación que deriva de utilizar la magia (artilugio creativo de realidades propias) en contraste con lo que podría calificarse como ordinario (normal), es tan potente que, además de manifestarse en el efecto jurídico que se predica, alcanza al mismo supuesto de hecho (institución, noción, concepto, tipo) que se conforma por completo.

Tomemos una institución jurídica²⁴ concreta, recogida en las normas. Por ejemplo, la relación de filiación (maternidad y paternidad) por naturaleza. Es ésta una relación jurídica (regulada por la norma) establecida entre las personas (padre/hijo o hija —paternidad; madre/hijo o hija— maternidad) fundamentada en la relación biológica de reproducción. El reconocimiento jurídico de ésta, y de los efectos que se derivan (conjunto de derechos, deberes y responsabilidades) en inicio añade a lo natural (extrajurídico) además de la entrada en el mundo jurídico, su factor obligatorio²⁵ y la posibilidad de coerción, en el resto no altera la realidad extrajurídica. Correspondencia, pues, entre la realidad extrajurídica y la realidad jurídica.

Pues bien, como es sobradamente conocido, a partir de esta relación jurídica ya institucionalizada, a lo largo de la constante construcción de las instituciones (y reglas) jurídicas, de la evolución²⁶ de los principios, valores y reclamos sociales, se ha ido ampliando tanto el supuesto de hecho originario como los efectos. Los avances de las técnicas de reproducción asistida humana han propiciado que las personas (con dificultades físicas o de otro tipo, o sin ellas) puedan acceder a la maternidad o paternidad, ya empleando células (esperma y óvulos) propias, en parte ajenas (donación de tercera persona) o totalmente ajenas (preembrión que se implanta ya formado con células de terceras personas). Y, en estos casos, la norma, la regla jurídica, asume que se está ante una relación jurídica de filiación por naturaleza, equiparada a la biológica²⁷, entre las personas que han prestado su consentimiento. Y no sólo respecto del trián-

24. Se entiende como institución aquella figura que es un centro unitario en torno al que se ordena el mandato legal, así el matrimonio, el contrato, la propiedad., etc. Federico DE CASTRO y BRAVO indicaba que «(...) conforme a la etimología de la palabra —*in status*— (...) se refiere a las figuras jurídicas básicas y típicas de la organización jurídica total (...), en *Derecho civil de España. Parte General*, Tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*. 3^a ed., Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1955 pp. 158

25. La conversión de lo contingente en necesario que provoca la intervención normativa.

26. Acerca de la evolución de las instituciones me remito a lo que explico, con más extensión en *Reflexiones en torno a la evolución de las instituciones jurídicas de derecho privado. Sustancia y forma*. Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya. Barcelona 2024.

27. Así, por ejemplo, los arts. 235-8 y 235-13 del CCCat que disponen la misma regla:
Art. 235-8. *La fecundación asistida de la dona casada*

gulo biológico (madre —padre— descendencia) sino de aquel que contradice la naturaleza per se, como en el reconocimiento de la doble maternidad (dos madres) por naturaleza (art. 44. 4 LRC)²⁸, o en el de la paternidad de quien no aportó material. Asimismo, la atribución de la paternidad a una persona fallecida, con la particularidad de que contribuye a la concepción (a dar vida) cuando no es persona, la llamada *fecundación post mortem*, practicada conforme a la ley (art. 9 LTRAH²⁹; arts. 235-8.2 y 235-13 CCCat). ¿Más magia que esta?

La adopción, en la relación jurídica de la filiación fue una de las primeras magias: *adoptio imitatur natura*. De instrumento para asegurar la continuidad en la titularidad del patrimonio de la persona fallecida sin descendencia (la *adrogatio* primitiva o la más moderna *adoptio* del Derecho Romano), pasando por la etapa en que se consideraba un medio para tener mano de obra (los acogimientos o afiliaciones medievales) a ser institución de protección de la persona (las primeras regulaciones civiles de los siglos XVIII y XIX) a conformar una relación jurídica de filiación (a partir de los años 70 del siglo XX) en base al afecto y al consentimiento.

Parecidamente a la relación de filiación, la magia se manifiesta en la evolución de la regulación de la institución del matrimonio, configurándolo como convi-

«1. Els fills nascuts a conseqüència de la fecundació assistida de la muller, practicada amb el consentiment express del cònjuge formalitzat en un document estès davant d'un centre autoritzat o en un document públic, són fills matrimonials del cònjuge que ha donat el consentiment.»

Art. 235-13 - *La fecundació assistida de la dona*

«1. Els fills nascuts de la fecundació assistida de la mare són fills de l'home o de la dona que l'ha consentida expressament en un document estès davant d'un centre autoritzat o en un document públic.»

28. Según esta norma:

«La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar: a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho».

29. Art. 9 LTRAH: *Premoriencia del marido*.

«1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de embriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad».

vencia entre dos personas de igual o diferente sexo, noción por completo separada de la originaria,. ¿Qué decir de las uniones no matrimoniales cuya regulación, día a día, se tiende a aproximar a la del matrimonio, al menos en los efectos?³⁰.

Otro ejemplo muy llamativo es la noción jurídica de sexo de la persona (publicado en el Registro Civil), que, desde la Ley 4/2023 (ley trans) se identifica al género de la persona (art. 3 letras j – i). Lo que ocurre porque la ley define la identidad sexual (letra i) como «Vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer», sin referencia alguna a la biología. Al considerar que (letra j) la expresión de género es «Manifestación que cada persona hace de su identidad sexual»³¹, y desligando el proceso de cambio de constancia del sexo en el Registro Civil de cualquier la intervención quirúrgica. Un cambio que se fundamenta, en exclusiva en la voluntad de la persona (art. 44.3³²).

Las ficciones, como se ha dicho, que se acogen, también de antiguo algunas de ellas. Así la persona jurídica, de base asociativa o patrimonial (la fundación) nuevo ente y ser bajo en el que se comprenden una pluralidad de personas, o una organización económica, dotada de personalidad y capacidad independiente³³. La continuidad de la personalidad de la persona fallecida mientras no se acepta la delación hereditaria (institución de la herencia yacente: la vida de la persona muerta en el ínterin), o el adelanto de la vida (tiene la consideración

30. En Derecho catalán se aplican algunas reglas pensadas para el matrimonio a las uniones estables. Cfr. Art. 234-3. *Règim durant la convivència* «1. Les relacions de la parella estable es regulen exclusivament pels pactes dels convivents, mentre dura la convivència.

2. En matèria de disposició de l'habitatge familiar, s'aplica el que estableix l'article 231-9.

3. Els convivents en parella estable poden adquirir conjuntament béns amb pacte de supervivència. En aquest cas, s'apliquen els articles 231-15 a 231-18, en matèria d'adquisicions oneroses amb pacte de supervivència».

31. Me remito a lo que expuse en «La Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Cambios conceptuales y de configuración de las situaciones personales» en la *Revista jurídica la Ley Derecho de familia* N.º 33, 2023 Ejemplar dedicado a: Transformaciones del Derecho de familia en el actual panorama normativo estatal y europeo (1), págs. 7-25.

32. *Art. 44. Procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo*, Ley 4/2023.

«3. El ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.»

33. Así, *Art. 311-3 CCCat. Personalitat jurídica* «Les entitats subjectes a les disposicions d'aquest codi adquieren personalitat jurídica per mitjà de la voluntat manifestada en l'acte de constitució i del compliment, si escau, dels requisits que la llei estableix aquest efecte»

de persona)³⁴ para la atribución de derechos a quien está concebido³⁵. O la institución de la representación a través de la que se sustituye la actuación de una persona....

El poder absoluto y excluyente sobre las obras (creaciones) intelectuales de las personas que las han creado considerado como «propiedad» (art. 1 TRLPI)³⁶, en el entendimiento de ésta como el máximo poder reconocido jurídicamente. En este caso es la magia del término, de la palabra....

En sede patrimonial, la construcción de los frutos civiles, intereses o rentas derivadas de relaciones jurídicas, considerados como rendimientos del dinero. O la conversión de las cosas ocultas en tesoros (art. 5412-21)³⁷. En derechos reales el régimen de la propiedad horizontal, que divide al edificio en partes exclusivas y comunes, creando nuevos objetos, o el de la comunidad por turnos que utiliza los períodos temporales como objeto de derechos, o la separación del suelo y el vuelo en los derechos de superficie (art. 564-1 CCCat)³⁸ y de vuelo (art. 567-1)³⁹..., etc.

Las manifestaciones, como se observa son muchas, muchas más de las relatadas. Su mayor o menor número depende, eso sí, de cada ordenamiento jurídico porque no todas las sociedades (los grupos sociales) comparten los mismos principios.

34. *Art. 211-1 Personalitat civil* «1. La personalitat civil és inherent a la persona física des del naixement.

2. El concebut té la consideració de persona als efectes que li siguin favorables, sempre que arribi a néixer.

3. La personalitat civil s'extingeix amb la mort.

35. Así Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, «Ficciones jurídicas» en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 3, 1986, pp. 141-147.

36. *Art. 1. Hecho generador.*

«La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación».

37. *Art. 542-21. Descoberta d'objectes de valor extraordinari*

«1. Els objectes de valor extraordinari que han romàs ocults i els propietaris dels quals són desconeguts pertanyen als propietaris de la finca on es troben.

2. El qui descobreix per atzar l'objecte ocult té dret a percebre en metàl·lic una quantitat equivalent a l'ameitat del seu valor.

3. La descoberta d'objectes de valor cultural, històric, arqueològic o artístic i la descoberta d'objectes perraó de prospeccions o excavacions es regeixen per la legislació especial que els sigui aplicable».

38. *Art. 564-1 Concepte*

«La superficie és el dret real limitat sobre una finca aliena que atribueix temporalment la propietat separadament de les construccions o de les plantacions que hi estiguin incloses. En virtut del dret de superficie, es manté una separació entre la propietat d'allò que es construeix o es planta i el terreny o el sòl en què es fa».

39. *Art. 567-1 Concepte*

«1. El vol és el dret real sobre un edifici o un solar edificable que atribueix a algú la facultat de construir una o més plantes sobre l'immoble gravat i fer-se la propietat de les noves construccions. Els preceptes d'aquest capítol són aplicables al dret de subedificació.

2. L'exercici del dret de vol comporta la legitimació per a fer construccions, d'acord amb el títol de constitució i el planejament urbanístic.»

pios y valores, ni intereses, conflictos y tradiciones. Tampoco la evolución de las instituciones y de las construcciones doctrinales ha sido igual en todos los lugares del área occidental, pese a que la globalización y las redes digitales, la inteligencia y los recursos, tiendan a aproximar las artes jurídicas en el desarrollo, las percepciones y cristalizaciones han de contar con la diversidad personal.

3.2. Aplicación

Además de las manifestaciones en la normativa conviene detenerse, brevemente en la faceta, ineludible, de la aplicación de la norma; que es decisiva para comprobar si, en efecto, tiene lugar el resultado perseguido, o sea, la mejor resolución de los intereses en lid.

De entrada, es importante recordar que, en nuestro sistema, como en el resto, el encargo de aplicar las normas jurídicas vigentes se atribuye a las personas y órganos a las que se impone el deber jurídico de ponerla en práctica (arts. 1.7 CCe y 111-2 CCCat⁴⁰ y art. 117 1 y 3 CE)⁴¹. De éstas se sigue que quienes aplican son los órganos judiciales que, además, tienen el deber inexcusable de resolver conforme al orden de las fuentes del derecho. Es decir, importa recordar que se está ante una aplicación judicial (ante los tribunales), además, garantizada constitucionalmente (art. 24.1 CE: el derecho a la tutela judicial)⁴². No obstante, esta preeminencia no marginá, ni elimina la práctica y aplicación extrajudicial que, además, es la habitual. En todo caso, en ambas se puede apreciar la magia a la que se refiere este escrito.

La aplicación comporta que los hechos acontecidos en la realidad social se han de subsumir en las hipótesis generales, para conseguir la solución adecuada

40. Art. 1.7. CCe: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Art. 111-2 CCCat: «*Interpretació i integració* «1. En la seva aplicació, el dret civil de Catalunya s'ha d'interpretar i s'ha d'integrar d'acord amb els principis generals que l'informen, prenenent en consideració la tradició jurídica catalana.

2. De manera especial, en interpretar i aplicar el dret civil de Catalunya s'han de tenir en compte la jurisprudència civil del Tribunal de Cassació de Catalunya i la del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no modificades per aquest Codi o altres lleis. L'una i l'altra poden ésser invocades com a doctrina jurisprudencial als efectes del recurs de cassació.

41. Art. 117 CE: «1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley...»

3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

42. Art. 24.1 CE

«1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.»

que solvente el conflicto que haya de resolverse (juzgarse). Esta labor conlleva varias acciones: a) fijar los hechos concretos; b) seleccionar la norma aplicable y c) determinar el sentido y alcance de ésta con relación al supuesto de hecho y a las características del caso.

Labor previa e ineludible para la aplicación, ya judicial ya extrajudicial, inherente a la norma, así pues, es la necesidad de interpretarla, para averiguar su contenido y alcance, ya que mientras la ley escrita se mantiene pese al transcurso de los años, en tanto que no se derogue (art. 2. 2 CCe), la sociedad, y sus valores, varían. El resultado de emplear los elementos, y las técnicas de interpretación, ya delimitados en las normas (cfr, arts. 3 CCe⁴³ 111-2 CCCat), puede conducir, y de facto es así, a la consideración de cada situación concreta, a la obtención de los efectos (mágicos) que proporcionen la solución adecuada.

Así, las interpretaciones correctoras, restrictiva o extensiva, entre ellas la interpretación evolutiva, que permite introducir en la norma supuestos de hecho nuevos o no pensados, llegan a ser muestra evidente del poder al que me refiero.» (...) campos enteros del Derecho privado son, hoy en día, producto del Derecho judicial, —se dice⁴⁴— de la aplicación judicial del Derecho (...). Lo que se comprueba, sobre todo, en las situaciones en las que la equidad, en la que no puede fundarse la sentencia de manera exclusiva si no es que la norma la llame expresamente (arts. 3.2 CCe y 111-9 CCCat⁴⁵), se emplea para la toma en consideración de las circunstancias de cada caso.

Junto a la aplicación judicial se ha de considerar la práctica extrajudicial, ya sea aquella que se produce mediante la intervención de autoridades (no judiciales) ya la práctica privada. En esta vía, además, conviene recordar que se puede contar con el margen de autonomía o libertad reconocido legalmente, según la materia, en el derecho privado, en especial, el patrimonial, que mucho aporta al ejercicio y creación de nuevas realidades o consecuencias. Así, por ejemplo, en la creación de nuevos contratos (la atipicidad contractual) o derechos reales (atípicos).

43. Art. 3.1. CCe

«1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.»

44. Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 3º.1» en *Comentario del Código Civil* (Dirs. Cándido PAZ-ARES RODRIGUEZ, Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR CODERCH), Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid. 1991, Tomo I, pp. 25

45. Art. 3.2. CCe: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita»
 Art. 111-9 CCCat. *Equitat*: «L'equitat s'ha de tenir en compte en l'aplicació de les normes, si bé els tribunals només poden fonamentar llurs resolucions exclusivament en l'equitat quan la llei ho autoritza expressament»

En la práctica extrajudicial se ha de diferenciar la que se desenvuelve en concretos ámbitos jurídicos oficiales no judiciales (con intervención de autoridades), de la que se efectúa en el ámbito particular/privado. Ambas han jugado, a lo largo de la historia del derecho, y continúan desarrollando, funciones relevantes en la existencia, configuración, régimen y evolución de las instituciones.

En las primeras se comprenden las aplicaciones que se llevan a cabo en las Notarías (las prácticas notariales) y las registrales, en especial, en el Registro de la Propiedad y el Registro Civil. La aplicación notarial, como está constatado y reconocido, ha sido un pilar importante en el desarrollo y creación de las instituciones de derecho privado; tal y como, con posterioridad más o menos próxima en el tiempo, lo demuestran los textos legales en los que se han recogido. Están grabadas en el imaginario técnico y popular como parte de la historia jurídica, y no sólo con referencia al derecho patrimonial, sino, más recientemente, también, al familiar personal: las sustituciones fideicomisarias, los diferentes tipos de legados, contratos atípicos, cláusulas resolutorias, enfeusis, garantías atípicas, contenido atípico de los capítulos matrimoniales, los soportes jurídicos a la discapacidad, poderes preventivos...

La aplicación registral, pese a que se ciña más estrictamente a la literalidad de la ley, y de ahí pueda semejar más limitada, asimismo en el ejercicio de la función calificadora aporta la dosis correspondiente que permite e incita, en su caso, a quien ha de legislar, al acogimiento de nuevas instituciones.

Finalmente, que no por ello de menor valor, la práctica extrajudicial de las personas particulares, ya en el ejercicio de sus derechos conforme a lo dispuesto en la norma, ya el que se desenvuelve fuera e incluso el que es en contra de la ley, en la que puede encontrarse, en ciernes y el origen del orden (ordenación) mágica que llama a que se desenvuelva en lo jurídico.

Doctrina, sustancia de la norma, lenguaje jurídico y la práctica, manifestaciones de la idea de que lo jurídico es magia cuando cumple con la función de ordenación.

4. Conclusiones

Sintetizando se puede concluir con las ideas siguientes:

- 1ª. La Ciencia jurídica y el Derecho, por definición, no están al margen de lo que se concibe como Magia, entendida como medio a través del cual se crea una realidad propia (la jurídica) y se disponen efectos que di-

sienten de los que proporciona la naturaleza, pero que conviven con ésta.

El Derecho realiza maravillas, a través de la ciencia jurídica que, mediante la utilización de los medios de que dispone (la creación de instituciones, conceptos, nociones, la aplicación, la interpretación) comportan obtener resultados conforme a los principios, valores e intereses del grupo social, y junto a los que se encuentran en las leyes naturales, pueden llegar a extravasarlos.

En este sentido el Derecho, como arte profesional se plasma en las instituciones, conceptos, y reglas jurídicas a través de las que se ordenan las relaciones entre las personas.

2ª. Las configuraciones jurídicas, en su función de ordenación, responden a la necesidad de dar respuesta y resolver los intereses que reclama una sociedad determinada. Unas en base a la realidad extrajurídica, pero otras, necesariamente, inventadas por la técnica jurídica, sólo existentes en dicho ámbito, pero tan reales como aquellas.

La construcción de las instituciones jurídicas privadas, su régimen (tipicidad) y terminología, es un posterior (*ubi societas ibi ius*) tiene lugar a partir de la realidad material o intelectual, ya *ex novo* (innovación) ya por especificación (a partir de lo dado). La codificación ordenó, en cuerpos legales sistematizados las principales (entonces) instituciones jurídicas privadas mantenidas hasta la actualidad. Instituciones diseñadas abstractamente y con vocación de aplicación a todas las personas y permanencia indefinida, pero sin propósito de fosilizarlas o petrificarlas.

3ª. La evolución, inherente a una ciencia como la jurídica supone nuevos valores, intereses, situaciones cuya aparición reclama, de parte de la sociedad, la revisión de las instituciones vigentes para que se adapten a la realidad del momento mediante la introducción de los cambios oportunos. Entra aquí, sin duda el potencial mágico jurídico que permite la adaptación reclamada.

4ª. Una herramienta crucial es el lenguaje. El Derecho es lenguaje técnico (jurídico) y natural. Acuña sus propios términos, modela la redacción del contenido del mensaje e identifica mediante un *nomen* a la institución correspondiente, aunando, jurídicamente, realidades distintas. Es éste, también, instrumento mágico.

He pasado revista, a modo de ejemplo, de algunas manifestaciones de las ilusiones jurídicas creadas que son efectivas, otras han quedado apuntadas, con la finalidad de proporcionar datos para la reflexión, el intercambio de pareceres, e incitar a ahondar en la relación entre Magia y Derecho.

Solo cabe concluir, recordando que «La magia es como un hilo invisible que une a todos los seres vivos en el universo» (*Los magos*, Lev GROSSMAN)

V. Bibliografía

- COMISIÓN DE CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA, *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* de Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 2023
- Federico DE CASTRO y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte General*, Tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*. 3^a ed., Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1955
- Lauren DE SUTTER *Magia: una metafísica del vínculo social* (traducción de Luis Alfonso PALAU). (1 ed.). Barcelona, Herder Editorial (2023). Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uab/230041?>
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Edición del tricentenario. Actualización 2023. <https://dle.rae.es/>
- Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio* (traducción de Marta GUASTAVINO), 2^a ed. Ed Ariel S.A, 1989.
- M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, Ed Bosch, Barcelona 1979.
- M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, «La Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Cambios conceptuales y de configuración de las situaciones personales» en la Revista jurídica *la Ley Derecho de familia* N.^o 33, 2023 Ejemplar dedicado a: Transformaciones del Derecho de familia en el actual panorama normativo estatal y europeo (I), págs. 7-25.
- M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA. *Reflexiones en torno a la evolución de las instituciones jurídicas de derecho privado. Sustancia y forma*. Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya. Barcelona 2024.
- Ricardo A. GUIBOURG, «Magia, cultura y derecho» en ISONOMÍA N.^o 32 / Abril 2010, pp. 65-182
- Maye ISLA TORRES, «La Magia del Derecho» en Revista DIDASKO 31 de marzo, 2017, Editor: Paola M. Sepúlveda. <https://revistadidasko.wordpress.com/2017/03/31/la-magia-del-derecho/>
- Juan Pablo LIONETTI DE ZORZI (2016) Derecho y fantasía, Encuentro Internacional *Ficción y Derecho*. Buenos Aires, Facultad de Derecho. U.B.A. El trabajo fue expuesto el día 30 de Julio de 2016, en el salón azul de la mencionada Facultad <http://www.revistapersona.com.ar/Persona95/95Lionetti.htm>, https://www.academia.edu/27421155/Derecho_y_Fantas%C3%ADA.
- Agustín LUNA SERRANO. *Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento, Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número i contestació de l'acadèmic de número Ilmo Dr. Sr. Ramón Badenes Gasset*. Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona. 2004
- María MOLINER Voces «Fantasía» y «Magia», *Diccionario de uso del español*. Edición abreviada por la Editorial Gredos, Madrid. 2000

José Ramón NARVÁEZ HERNÁNDEZ, *La fantasía en la docencia universitaria: el caso del derecho* Por Aula Magna Dic 2007. <https://www.semanarioaulamagna.cl/columnas-de-opinion/1085-la-fantasia-en-la-docencia-universitaria-el-caso-del-derecho>

Gregorio PESES-BARBA MATÍNEZ, «Derecho y arte» en *Letra internacional* N.º 81, 2003, pp 34-36

Gregorio ROBLES MORCHÓN, *Comunicación, lenguaje y Derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del Derecho*. Resumen del Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Madrid 2009. BOE.es

Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 3º.1» en *Comentario del Código Civil* (Dirs. Cándido PAZ-ARES RODRIGUEZ, Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR CODERCH), Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid. 1991, Tomo I.

XII | Creación judicial del derecho, activismo judicial y legitimación de la jurisdicción¹

Alicia González Navarro²
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: FIGURA DE CREACIÓN JURÍSPRUDENCIAL. 3. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE INVESTIGACIÓN PENAL HASTA 2015. LEY ORGÁNICA 13/2015, DE 5 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA. 4. *ABSPRACHEN* O CONFORMIDAD ALEMANA. 5. *MILIEUDEFENSIE V. SHELL*. 6. EN MATERIA DE DESAHUCIOS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS (CRISIS ECONÓMICA 2008). 7. MENCIÓN ESPECIAL: LOS ACUERDOS NO JURISDICCIONALES DEL PLENO DE LAS DISTINTAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (ASÍ COMO DE LAS SECCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES). 8. A MODO DE CONCLUSIÓN. 9. BIBLIOGRAFÍA

1. Este trabajo es parte del proyecto de I+D+i de Generación de Conocimiento, titulado *Sostenibilidad ambiental, social y económica de la administración de justicia. Retos de la Agenda 2030. (SOST JUST 2030)*, con referencia PID2021-1261450B-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa».

2. Siempre daré las gracias por la suerte que tuve cuando, en noviembre de 2013, con ocasión de la celebración en la *Universitat Pompeu Fabra* de las Jornadas internacionales tituladas «Hacia una gestión moderna y eficiente de la ejecución procesal», tuve la oportunidad de conocer un poco más de cerca al por todos querido y reconocido Profesor Cachón Cadenas. Al concluir las citadas Jornadas, la fortuna quiso que el hoy homenajeado se sentara a mi lado —o yo al suyo, no recuerdo quién llegó primero—, de manera que disfruté de su siempre entrañable compañía durante el almuerzo que se sirvió. Fue la primera vez que pude hablar durante un largo rato con él —más allá de otras en las que, brevemente, lo felicitaba, siempre tras alguna ponencia suya— y desde entonces le rindo un cariño que, si lo ponemos en relación con los por desgracia más bien pocos momentos que he compartido con él, no resistiría el más mínimo juicio de proporcionalidad. Pero puedo motivar esta desproporción: sin duda es su bonhomía, su carácter sumamente entrañable, su infinita generosidad y su compromiso con la Universidad lo que hace al Profesor Cachón Cadenas acreedor del cariño y el reconocimiento que todos le profesamos no solo como magnífico procesalista, sino también —lo que da cuenta del enfoque humano de su investigación— como *historiador o cronista oficial de procesalistas*.

1. Planteamiento

En las páginas siguientes me dispongo a plantear algunas reflexiones en relación con supuestos concretos que representan, en todos los casos, ejemplos de *creación judicial del derecho*³ para, a continuación, cuestionar si algunos de ellos constituyen incluso supuestos de lo que podríamos denominar como verdadero *activismo judicial* en la medida que dan lugar a auténticos ejemplos de interpretación contraria a la ley, a cuyo imperio, no está de más recordarlo, es a lo único que la Constitución somete a jueces y magistrados⁴.

Me propongo con ello llamar la atención sobre una práctica que —cada vez con más frecuencia y quizás intensidad?— está teniendo lugar en la jurisprudencia, no solo de nuestro país. Nos encontramos, en mi opinión, ante un fenómeno ciertamente preocupante en la medida que, como se expondrá más adelante, tiene aptitud para erosionar la legitimación de la jurisdicción, con todo lo que ello conlleva.

Por ello, desde este momento inicial, conviene recordar lo que, como siempre de forma clara, precisa y sintética explicaba Gómez Orbaneja:

«II. *No es fin del proceso*. —a) Crear derecho objetivo. El proceso no lo crea, sino lo aplica, o —como dice Chiovenda— actúa la voluntad concreta de la ley. La sentencia no es ley, sino aplicación de la ley»⁵.

2. Litisconsorcio pasivo necesario: figura de creación jurisprudencial

El primero de los supuestos de creación del derecho al que quiero referirme está constituido por el origen de la institución del litisconsorcio pasivo necesario. Como es sabido, nos encontramos aquí ante un caso de legitimación plurisubjetiva donde, debido al carácter inescindible de la relación jurídico material que se discute en el proceso, si, como demandantes en un proceso civil, queremos obtener una sentencia estimatoria de nuestra pretensión, es nece-

3. Quizás convenga puntualizar que, cuando uso la expresión creación judicial del derecho, no me refiero, lógicamente, a la determinación por los tribunales de justicia de un marco normativo concreto, sino a la creación de jurisprudencia que, ante una laguna o la falta de una norma, sirva de referencia que, en su caso, pueda ser seguida de forma generalizada.

4. Artículo 117.1 de la Constitución: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley».

5. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil. Volumen primero. Parte general. El proceso declarativo ordinario*, 8^a edición, Artes gráficas y ediciones. Madrid, 1979, p. 4.

rio demandar en un mismo proceso a una pluralidad de sujetos conjuntamente considerados. Esto puede suceder, por ejemplo, en los casos en que, como demandados, nos encontramos con una pluralidad de comuneros que posee proindiviso: o los demandamos a todos en el marco de un mismo procedimiento o no se podrá en ningún caso dictar una sentencia eficaz que resuelva sobre el fondo estimando la pretensión. Pues bien, «el régimen jurídico del litisconsorcio necesario en nuestro sistema procesal civil hasta la aprobación de la LEC 2000 era de construcción jurisprudencial, puesto que la LEC de 1881 no se refería expresamente a dicho fenómeno procesal»⁶.

La STS 1.^a 27 junio de 1944 constituye la primera resolución en la cual el Tribunal Supremo habla expresamente del litisconsorcio necesario. Sin embargo, luego vino una infinidad de sentencias posteriores en las que se aplicaba esta institución (SSTS 1.^a 10 octubre 1983, 19 noviembre 1985, 8 marzo 1991, entre otras muchas). Y así, sin norma que regulara el litisconsorcio pasivo necesario, llegamos hasta enero de 2001, fecha en la que entró en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

En la actualidad, el presupuesto del litisconsorcio necesario lo determina con claridad el artículo 12.2 LEC: «Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.» Mientras que, por su parte, el artículo 420 LEC, regula el trámite para la «possible integración voluntaria de la litis», que tiene por finalidad la de brindarle a la parte actora la posibilidad de que dirija también la demanda contra los litisconsortes no demandados inicialmente, puesto que, de lo contrario, desde el momento procesal de la audiencia previa, se procedería a dictar por el órgano jurisdiccional auto de sobreseimiento, con el consiguiente archivo de las actuaciones.

Hoy en día, en casos como el que se acaba de exponer, nadie cuestiona la bondad de esta técnica de creación jurisprudencial consistente en el litisconsorcio pasivo necesario, pues, entre otras cuestiones y gracias al tratamiento que le da la LEC 2000 como si de un verdadero presupuesto procesal se tratara, se contribuye a la —en tiempos actuales obsesivamente anhelada— eficiencia, en la medida que, ya desde la audiencia previa del juicio ordinario o al inicio de la vista en el juicio verbal, puede dictarse auto de sobreseimiento en aquellos casos en que no se proceda a la integración de la litis, sin necesidad, por lo

6. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás y GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, *Proceso Civil Práctico*, Tomo I, Volumen I (Arts. 1 a 98), (dir. Gimeno Sendra) Aranzadi, Pamplona, p. 268

tanto, de llegar hasta el momento de dictar sentencia para declarar entonces la falta del debido litisconsorcio.

3. Medidas tecnológicas de investigación penal hasta 2015. Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica

El siguiente caso de creación judicial del derecho al que quiero referirme tiene que ver con las medidas de investigación tecnológica de delitos que se utilizan en el ámbito del proceso penal. En este contexto, recordemos, se da la circunstancia de que, hasta el año 2015, no contábamos en España con una regulación que abordara el tratamiento ni por lo tanto tampoco la adopción de este tipo de medidas tan restrictivas de derechos fundamentales. La única norma de la que disponíamos era el entonces artículo 579 LECrim, que, además, había sido declarado en varias ocasiones insuficiente no solo por el Tribunal Constitucional español, sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con el cual puede citarse, por ejemplo y aunque no es la única, la hoy casi legendaria sentencia dictada en el caso Prado Bugallo⁷.

En este sentido, la regulación contenida en el artículo 579 LECrim, vigente hasta la entrada en vigor de la LO 13/2015, era hasta tal punto insuficiente que, con el fin de regular las medidas tecnológicas de investigación que, recuérdese, ya se adoptaban en la práctica forense antes de la entrada en vigor de la LO 13/2015, esta norma añadió nada menos que 39 nuevos artículos con base en los cuales se aborda la regulación del uso de todas estas medidas de investigación tecnológicas en el proceso penal, para todo lo cual hasta 2015 contábamos solo con un único precepto, que entonces se contenía en el artículo 579 y que solo aludía a la correspondencia privada, postal y telegráfica, así como a la intervención de las comunicaciones telefónicas, si bien, con base en él se intervenían también toda clase de comunicaciones telemáticas (correos electrónicos, sms, mensajería instantánea, así como la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, los registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información, así como la gravosa medida consistente en los registros remotos sobre equipos informáticos).

7. STEDH 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo contra España, personaje que, entre tanto, conocemos en nuestro país más bien bajo el alias de *Sito Miñanco* y que fue popularizado en la aclamada serie *Fariña*.

El propio legislador en 2015 da cuenta expresamente, en el preámbulo de la LO 13/2015, de la referida creación judicial del derecho al afirmar lo siguiente:

«La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delinquente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros. Por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, *el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal*, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. *Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable*»⁸.

Este supuesto de creación judicial del derecho comparte con el del litisconsorcio anteriormente referido el hecho de que, en ambos supuestos, recuérdese, nos encontramos ante casos de creación de derecho *procesal*, por lo tanto, de normas de naturaleza imperativa. Sin embargo, en el caso de las medidas de investigación hoy reguladas por la LO 13/2015, se da un hecho distintivo en relación con el supuesto anterior, pues el «abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa» daba lugar a una situación que nada tiene que ver con el supuesto del litisconsorcio pasivo necesario, en la medida que se trataba de la adopción, sin fundamento legal ni mucho menos suficiente, de medidas restrictivas de derechos fundamentales, muchas de ellas ciertamente graves.

4. *Absprachen* o conformidad alemana

Si bien los ejemplos expuestos hasta este momento se han referido a supuestos que han tenido lugar en nuestro país, no se puede por ello pensar que nos encontremos ante un fenómeno endémico de nuestro ordenamiento jurídico.

8. Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica). Cursivas añadidas.

A tal fin, podemos observar cómo también en Alemania existen ejemplos de creación judicial del derecho que son al menos igual de llamativos que los hasta ahora citados.

Me refiero, en particular, al que tuvo lugar con la institución de la conformidad, la cual no estuvo contemplada en la *Strafprozessordnung* hasta fechas relativamente recientes, en concreto, hasta el año 2009, en que fue objeto de regulación en el parágrafo 257c de la *StPO*. Antes de 2009, en la jurisprudencia alemana se recurrió con frecuencia a esta institución carente de regulación legal, pero que, sin embargo, se regía por unas reglas fijadas por el *Bundesgerichtshof* o Tribunal Supremo alemán⁹. Y digo que llama poderosamente la atención, porque en el caso de la conformidad nos encontramos ante una institución que, al menos *a priori*, constituye una pieza extraña, si se enfoca desde el punto de vista de los principios informadores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, el cual, como ejemplo de proceso penal de corte europeo continental, se rige, con carácter general, por los principios de legalidad, necesidad y oficialidad. Así, a modo de metáfora, si nos imaginamos que nuestro sistema de enjuiciamiento penal fuera un rompecabezas, la conformidad sería una pieza que no encaja, una vez armado aquél¹⁰.

5. Caso *Milieudefensie V. Shell*

Los supuestos de creación judicial del derecho a los que me he referido hasta aquí se proyectan sobre el derecho procesal. Sin embargo, como de todos es conocido, también existen casos —son quizás los que más atención han recibido por parte de la doctrina— en los que esta creación judicial lo es de derecho material (no procesal). En este otro contexto parecen ser frecuentes los ejemplos que, por unirlos todos bajo un mismo paraguas y aun siendo consciente del escaso rigor científico de esta generalización, presentan como nota común la del intento de consecución de los múltiples objetivos de desarrollo sostenible que se contienen en la denominada Agenda 2030¹¹. Sin embargo, debe recordarse aquí que la citada resolución de la Asamblea General de Naciones

9. SCHÜNEMANN, Bernd, «Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens», en *Festschrift für Jürgen Baumann*, Giesecking, Bielefeld, 1992, pp. 361 y ss.

10. GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, «Breves reflexiones críticas sobre la proyección de los principios de oportunidad y dispositivo en el proceso penal», en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, (dirs. Calaza López y Muinelo Cobo), Dykinson, Madrid, p. 286

11. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. La respuesta a este interrogante debe ser necesariamente negativa. Formalmente, el valor de la Agenda 2030 se circunscribe a un plano meramente político. Al tratarse de un acto de una organización internacional que no constituye una norma jurídica, no goza de fuerza vinculante y, en particular, en nuestro plano interno, no puede aplicarse directamente por jueces y magistrados.

Unidas carece de naturaleza normativa, circunscribiéndose su valor a un plano meramente político. Al tratarse de un acto de una organización internacional que no constituye una norma jurídica, no goza de fuerza vinculante y, en particular, en nuestro plano interno, no puede aplicarse directamente por jueces y magistrados¹². Por lo tanto, solemos encontrarnos aquí ante casos que, aun siendo bienintencionados, dan lugar a verdaderas intromisiones de los tribunales de justicia en lo que, en rigor, constituye labor del legislador.

Por no citar más que algunos casos representativos, tenemos en los últimos tiempos el ejemplo del denominado caso *Shell*, en el que, a raíz de una demanda presentada por una ONG ante un Tribunal de La Haya, éste condenó tanto a la matriz del citado grupo petrolero, como también a todas las filiales a reducir, hasta el año 2030, en un 45% sus emisiones respecto del nivel de 2019¹³. Para ello, en opinión de la doctrina mercantilista, el citado tribunal fuerza determinadas instituciones como, por ejemplo, la de la personalidad jurídica, al condenar a la empresa matriz y hacerla responsable de las emisiones de todas las filiales¹⁴.

6. En materia de desahucios y ejecuciones hipotecarias (crisis económica 2008)¹⁵

Volviendo a nuestro país y, en particular, al ámbito de los desahucios y de las ejecuciones hipotecarias que tuvieron lugar como consecuencia de la profunda

12. Aunque en otro contexto —en concreto, referido a la Carta Social Europea y no a la Resolución de Naciones Unidas que aprueba la Agenda 2030—, puede consultarse, *mutatis mutandis*, el ilustrativo análisis que ofrece DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel, «La interpretación y aplicación de la Carta Social Europea, en particular, en materia de extinción del contrato de trabajo», en *Documentación Laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 125, 2022, vol. I, pp 57-64.

13. Hace escasas semanas, mientras este trabajo estaba en prensa, la citada sentencia ha sido revocada por el Tribunal de Apelación de La Haya, el cual estimó el recurso presentado por la multinacional *Shell*.

14. RECALDE CASTELLS, Andrés, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», p. 16, disponible en SSRN, abril 2022: <https://ssrn.com/abstract=4072486> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4072486> (último acceso: 30 septiembre 2024), quien afirma: «La sentencia desestima la distinta personalidad jurídica de las sociedades del grupo y hace responsable a la matriz de las actuaciones de todas las filiales. Tampoco exigió una prueba de la relación causal entre la actuación de la matriz y el grado en que cada filial generó gases con efecto invernadero. La condena tampoco se plantea otros requisitos de la responsabilidad extracontractual, como la prueba del daño, al basarse en su mera potencialidad. La sentencia también se desvía en sus efectos del régimen típico de la responsabilidad extracontractual, pues la condena no impone el deber de resarcir los daños causados, sino que impone una actuación en el futuro.

Estos pronunciamientos suponen una libre creación del Derecho, cuyos efectos podrían ser muy relevantes para la actuación futura de las empresas. Pero quizás conviniera más prudencia para que el audaz activismo de algún juez, enrolado en un uso alternativo de la responsabilidad aquiliana y del Derecho de sociedades, no comporte riesgos de inseguridad jurídica en un sector en el que lo que debería demandarse es más implicación del legislador».

15. La jurisprudencia citada en este epígrafe ha sido extraída de FERREIRO BAAMONDE, Xulio, «Los derechos sociales en serio: activismo judicial en defensa del estado de bienestar», en *Crisis, derechos sociales e igualdad*, (coord. Nogueira López, Lois González y Díz Otero), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 424 y 428

crisis financiera, económica y social de principios de este siglo (años 2008 y siguientes), nos encontramos en aquellos tiempos con alguna resolución como la contenida en el auto de la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Navarra, de 17 de diciembre de 2010:

«Si bien formalmente cabría entender que la actuación del banco se ajusta a la literalidad de la Ley y que efectivamente tiene derecho a solicitar lo que ha solicitado, por lo que cabría entender que no existiría el abuso de derecho que se le imputa (...) no obstante no deja de plantearnos una reflexión, cuando menos *moralmente intranquilizante*, (...) no constituirá un abuso de derecho, pero *moralmente es rechazable* que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido, si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido»¹⁶.

Más allá de lo que cada uno de nosotros creamos justo o moral en el caso concreto —cuestión que, como es lógico, no podemos entrar a valorar en un trabajo como este—, se plantea el siguiente interrogante: ¿conforme a qué moral es rechazable o inquietante la petición del banco? ¿Dónde —en aras de la seguridad jurídica— se encuentra objetivada dicha moral?

7. Mención especial: los acuerdos no jurisdiccionales del pleno de las distintas salas del tribunal supremo (así como de las secciones de las audiencias provinciales)

Mención aparte merecen, en mi opinión, los denominados acuerdos no jurisdiccionales del pleno de las distintas salas del Tribunal Supremo, en relación con los cuales, a continuación, se explicitan los siguientes ejemplos:

Acuerdo 20-12-2006

«El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las peticiones en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa».

Acuerdo de 18-07-2006

«Los acuerdos de sala general (pleno no jurisdiccional) son vinculantes».

16. Cursivas añadidas. A este respecto, resulta de sumo interés la lectura de GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Objetivismo moral y Derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza»; ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, «García Amado y el objetivismo moral»; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Dúplica a Manuel Atienza sobre objetivismo moral y Derecho», incluidos todos en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2020, nº 27, dedicado a: Objetivismo moral y Derecho, pp. 14 a 43, 44 a 57 y 58 a 65, respectivamente.

Si, tal y como establece el artículo 1.6 del Código Civil, «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho» y, por lo tanto, ni siquiera la jurisprudencia es fuente, sino complemento del ordenamiento jurídico, ¿cómo es posible que estos acuerdos que, como su propia denominación indica, tienen origen en un pleno *no jurisdiccional* puedan tener fuerza vinculante —como determina el propio acuerdo citado en segundo lugar— siendo así que, en rigor, ni las resoluciones dictadas en el marco del ejercicio de la potestad jurisdiccional de los tribunales la tienen? ¿Pueden tener estos acuerdos siquiera valor de jurisprudencia? Obsérvese que, con carácter general, los acuerdos que nos ocupan no contienen ningún tipo de motivación (lo cual, quizás llame especialmente la atención en el caso del que determina el carácter vinculante de sus propios acuerdos). En definitiva, lo que nos estamos preguntando es si los tan citados acuerdos quedan incluidos en la expresión del «imperio de la ley», contenida en el artículo 117.1 de la Constitución antes citado, puesto que, recordemos, es a ello a lo que, según esta norma constitucional, *únicamente* quedan sometidos los jueces y magistrados.

En mi opinión, la respuesta a estos interrogantes la apunta el artículo 264.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual, «en todo caso, quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan, si bien deberán motivar las razones por las que se aparten del criterio acordado». No obstante, convendría precisar que no solamente queda a salvo la independencia de las secciones de las que habla el precepto, sino también la del resto de órganos jurisdiccionales, pues «en lo que constituye propiamente la función jurisdiccional, tan soberano e independiente es el juez de paz de la última aldea como la Sala de lo civil del Tribunal Supremo»¹⁷.

8. A modo de conclusión

¿En todos estos supuestos enunciados nos encontramos ante casos de creación judicial del derecho o de activismo judicial? ¿Son todos ellos (igual de) aceptables / censurables? ¿Son sinónimas las expresiones *creación judicial del derecho* y *activismo judicial*?

17. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 51

Para poder responder a estos interrogantes debemos atender a su vez a los distintos puntos de partida que dan lugar a este tipo de actuación judicial de creación del derecho:

1. Así, por un lado, hay situaciones en cuyo origen podemos encontrar la existencia de una laguna legislativa.
2. Por otra parte, debemos citar los casos de antinomias y de utilización por el legislador de conceptos jurídicos indeterminados.
3. Y finalmente, los fenómenos de creación judicial del derecho *contra legem*.

Si bien todos estos supuestos constituyen casos de creación judicial de derecho, parece que en los dos primeros (los casos de lagunas, antinomias y conceptos necesitados de interpretación) la ley deja un margen de discrecionalidad con base en el cual parece que es lícito concluir el carácter más aceptable de la creación judicial del derecho. Y ello en tanto que sobre los órganos jurisdiccionales pesa la prohibición de *non liquet*, tal y como recuerda el artículo 1.7 del Código Civil («Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido»). Es en estos ámbitos donde cobra aún mayor importancia la argumentación jurídica, en la medida que estamos ante casos en los que al juez debe exigírsele un mayor esfuerzo de motivación. Ahora bien, hay que llamar la atención sobre el hecho de que, incluso en estos casos, debe procurarse la rápida reacción del legislador, pues es a este a quien, en rigor, corresponde abordar normativamente el problema de que se trate.

Por su parte, los casos de creación judicial del derecho *contra legem* son, sin lugar a dudas, los más censurables e inadmisibles, por lo que merecen ser calificados de activismo judicial.

En definitiva, podemos hacer una propuesta de definición del activismo judicial en los términos siguientes: nos encontramos ante un supuesto de activismo judicial en aquellos casos en que el órgano jurisdiccional resuelve en contra del derecho vigente atendiendo, en el mejor de los casos, a lo que entiende más justo o moralmente correcto. Esta forma de proceder implica, en todo caso, el quebrantamiento de la necesaria división de poderes, con base en el cual el judicial se inmiscuye en las funciones que son propias del legislativo.

Para concluir conviene recordar por qué la soberanía popular ha decidido atribuir en exclusiva la potestad jurisdiccional a jueces y magistrados, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Nos preguntamos, en definitiva, sobre qué se sustenta la legitimación de la jurisdicción. Así, si bien históricamente se contestaba a esta cuestión bien remitiendo a los sistemas de designación (jueces legos, la justicia popular y la designación ministerial) o bien por medio de la le-

gitimación a través del proceso (Luhmann), estas tesis, en la actualidad, se encuentran superadas. En la actualidad, recordémoslo, lo que la sociedad espera de los tribunales de justicia es, por un lado, la independencia y, por otro, la sumisión *únicamente* al imperio de la ley.

9. Bibliografía

- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, «Siete tesis sobre el activismo judicial», en *Grand Place. Pensamiento y cultura*, (Ejemplar dedicado a La justicia = Juztizia) nº 10, 2018, pp. 39 a 47
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, «García Amado y el objetivismo moral», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (dedicado a: Objetivismo moral y Derecho), 2020, nº 27, pp. 44 a 57
- FERREIRO BAAMONDE, Xulio, «Los derechos sociales en serio: activismo judicial en defensa del estado de bienestar», en *Crisis, derechos sociales e igualdad*, (coord. Alba Nogueira López, Marta Irene Lois González e Isabel Díz Otero), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 411 a 436
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Objetivismo moral y Derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (dedicado a: Objetivismo moral y Derecho), 2020, nº 27, pp. 14 a 43
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Duplica a Manuel Atienza sobre objetivismo moral y Derecho», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (dedicado a: Objetivismo moral y Derecho), 2020, nº 27, pp. 58 a 65
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Civitas, Madrid, 1981
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil. Volumen primero. Parte general. El proceso declarativo ordinario*, 8^a edición, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1979
- GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, «Breves reflexiones críticas sobre la proyección de los principios de oportunidad y dispositivo en el proceso penal», en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, (dirs. Calaza López y Muinelo Cobo), Dykinson, Madrid, pp. 279 a 298
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, «El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 40, 2006, págs. 59-78
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás y GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, *Proceso Civil Práctico*, Tomo I, Volumen I (Arts. 1 a 98), (dir. Gimeno Sendra) Aranzadi, Pamplona
- RECALDE CASTELLS, Andrés, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», p. 16, disponible en SSRN, abril 2022: <https://>

<ssrn.com/abstract=4072486> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4072486>
(último acceso: 30 septiembre 2024)

SCHÜNEMANN, Bernd, «Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens», en *Festschrift für Jürgen Baumann, Giesecking*, Bielefeld, 1992, pp. 361 y ss.

XIII | Sistemas legales y derecho comparado: el Derecho Escandinavo en particular¹

Mar Jimeno Bulnes
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Burgos

Comparative studies is a way of expressing a preference for a pluralistic internationalization that fully embraces the diversity of systems (Mireille Delmas-Marty, lección inaugural en Colegio de Francia, París, 20 de marzo de 2003)²

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. SISTEMAS LEGALES Y DERECHO COMPARADO: *STATU QUO*. 3. *TERTIUM GENUS: ¿DERECHO ESCANDINAVO O DERECHO NÓRDICO?* 4. SOBRE EL PROCESO PENAL SUECO *IN SINGULARI*. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

Es un placer y honor para mí participar en esta obra colectiva en honor de nuestro querido profesor Manuel Cachón Cadenas, buque insigne en la historia del Derecho Procesal. A él agradecemos todos los procesalistas nos deleite e ilustre con los vericuetos y recorrido histórico por los que atraviesa nuestra vasta asignatura poniendo sobre el papel actores e instituciones del Derecho

1. El presente trabajo se enmarca dentro de la estancia investigadora realizada en la Universidad de Gotemburgo (Suecia, 1 de abril – 30 de junio de 2024) bajo el proyecto titulado «Nuevo escenario del proceso penal europeo y nacional en los Estados miembros tras la introducción de la Fiscalía Europea» (PRX22/00437) con financiación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades en el marco del Programa Salvador de Madariaga. Desde aquí mi más sincero agradecimiento a las profesoras Ester Herlin-Karnell por su tutela durante la misma así como Carmen Navarro Villanueva por su paciencia a la hora de entrega de esta contribución.

2. *Comparative legal studies and internationalization of Law*, aptdo. 32, discurso disponible en lengua inglesa en ULR <https://books.openedition.org/cdf/3878> (fecha de consulta: 26 de septiembre de 2024). Versión original en francés disponible en modalidad oral en ULR <https://eventi.unibo.it/war-law-bologna-2023/conoscere-mireille-delmas> (fecha de consulta: 26 de septiembre de 2024).

Procesal *in persona et in tempore*³. Por esta razón la elección aquí de la presente temática fruto de reciente estancia investigadora; temática que puede resultar ciertamente extraña desde la dimensión procesal pero que considero también de interés en el entorno europeo, desde una perspectiva si acaso más comparatista que historicista y para la que modestamente pretendo aportar una primera reflexión dentro de lo que aún considero un *work in progress*.

No en vano el estudio del Derecho Comparado sirve también para poner al Derecho en contexto encontrando su objeto principal en el Derecho Público así como su origen más remoto en la tradición griega y, en concreto, la escuela aristotélica fundada en el año 335 a.C. (Liceo/ *Lykeios*)⁴. Olvidada esta perspectiva comparatista quizás en los últimos tiempos desde su moderna creación al inicio del siglo xx⁵, parece el siglo xxi querer ponerla nuevamente de moda con contribuciones dentro y fuera de nuestras fronteras, si bien nuestro país nunca ha parecido despertar gran interés a diferente del auge que experimentó en su día en países vecinos (especialmente Francia pero también Alemania e Italia)⁶. El resurgir ahora de esta creciente dedicación obedece, sin lugar a dudas, a la influencia causada por el Derecho de la Unión Europea y así la necesidad de proceder a una investigación comparada para comprender la inserción de las propias instituciones y organismos europeos en el seno del Derecho patrio como es aquí el caso⁷.

3. Sólo aquí a modo de ejemplo CACHÓN CADENAS, M., *Historia de procesalistas, universidades y una Guerra Civil (1900-1950)*, Dykinson, Madrid, 2012 y *Otras historias de procesalistas y del proceso*, Dykinson, Madrid, 2022.

4. Desde una perspectiva general y básica HUSA, J., *A new introduction to Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015, pp. 6 y ss. Desde una perspectiva particular, sobre el origen del Derecho Comparado en la Antigua Grecia, MOUSOURAKIS, G. «Comparative Law and legal universalism: An historical perspective», *Journal for Juridical Science*, vol. 32, nº 1-2007, pp. 144-162, esp. pp. 146 y ss.

5. Se cita en este sentido el I Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en el marco de la Exposición Universal de París (15 de abril – 12 de noviembre de 1990) bajo los auspicios de la *Société de législation comparée* y la dirección de los profesores Raymond Saleilles y Édouard Lambert, al primero de los cuales se le considera el «padre» del Derecho Comparado y la fecha de celebración del congreso como punto de partida de una nueva disciplina; así, ARAGONESES, A., *Un jurista del modernismo: Raymond Saleilles y los orígenes del Derecho Comparado*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2009, pp. 39 y ss.

6. En esta línea GARCÍA ROCA, J., «El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como materia en la enseñanza en España», *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 14-2014, <https://www.iustel.com>, esp. pp. 12 y ss; más recientemente SOUTO GALVAN, C., «La doctrina del Derecho Comparado en España», *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 33-2023, número especial: *Lucio Pegoraro y la enseñanza del Derecho Comparado*, pp. 78-97, esp. pp. 85 y ss.

7. Recuérdese el título del proyecto de la estancia investigadora antes citado, así «Nuevo escenario del proceso penal europeo y nacional en los Estados miembros tras la introducción de la Fiscalía Europea» (PRX22/00437); objetivo fundamental y así se expuso en la memoria presentada en su día consistía en realizar seguimiento de la implantación del nuevo órgano europeo en Suecia partiendo de la comparación entre sendos modelos procesales penales existentes en este país y el nuestro.

De este modo es propósito del presente trabajo determinar, en primer lugar y en términos generales, la razón de ser del Derecho Comparado especialmente desde la perspectiva procesal para, en segundo lugar y como estudio de caso, proceder al examen del denominado Derecho Escandinavo y/o Nórdico y sus características. Se trata en este ámbito de analizar si las mismas permiten considerar la coexistencia de un *tertium genus* dentro de la tradicional clasificación bipartita que impera para las familias jurídicas o sistemas legales siquiera en el marco europeo: así el Derecho Civil de origen romano-germánico (*Civil Law*) y el Derecho Común (*Common Law*) de procedencia angloamericana⁸. Sólo advertidas las mismas podremos detenernos, en particular y en tercer lugar, en el modelo de proceso penal existente en estos países y así enunciar de la misma forma si puede hablarse de la singularidad de un proceso penal escandinavo y/o nórdico. Finalmente se intentará aportar una breve reflexión al respecto, aún *sub studio*.

2. Sistemas legales y derecho comparado: *statu quo*

La frase que precede este estudio creo enuncia en buena medida la filosofía y razón de ser de la existencia del Derecho Comparado, por cuanto se trata de partir de una perspectiva pluralista en el estudio del ordenamiento jurídico y así la observancia de los existentes en los diferentes países y territorios. Para ello es fundamental la consideración del Derecho nacional o estatal pues no en vano son muchas las normas «domésticas» las que inspiran al Derecho Internacional⁹ pero también es importante atender a la dimensión cultural o aún social¹⁰; a la postre los distintos sistemas legales patrios están indisolublemente conectados con sus pueblos y personas ya que el Derecho «sirve» a la sociedad.

8. Por todos, aquí y ahora, JIMENO BULNES, M., «El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº 2-2013, pp. 207-310. No se tienen en cambio aquí en cuenta otros sistemas jurídicos del orden mundial (China, India, etc.); entre otros, LLUIS Y NAVAS, J., «Los grandes sistemas jurídicos de la edad contemporánea. Estudio comparativo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 2-2021, pp. 339-392.

9. Así ELLIS, J., «General principles and Comparative Law», *The European Journal of International Law*, vol. 22, nº 4-2011, pp. 949-971, esp. pp. 950 y ss, en relación con la relevancia del denominado por los anglosajones «*Domestic Law*».

10. Sobre la importancia de tales aspectos culturales/sociales así la intrínseca relación entre Derecho y sociedad véase WATSON, A., «Comparative Law and legal change», *Cambridge Law Journal*, vol. 37, nº 2-1978, pp. 313-336, esp. p. 313; no en vano inicia su trabajo recordando que «*Law, of course, exists in society and for society's needs. It is a man-made construct to facilitate social activities*». Incluso hay quien propone establecer la comparación entre «culturas» y no ordenamientos jurídicos; así JUNG, H., «Should we compare Laws or cultures?», *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 5, nº 1-2017, pp. 1-17, con cita del mensaje de los llamados «culturalistas»: «*la comparaison des droits sera CULTURELLE ou elle ne sera pas*». En cambio contrario a dicha equiparación MERRYMAN, J.H., «Comparative Law scholarship», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 21, 1998, pp. 771-784, esp. p. 776, diferenciando entre sistema jurídico (*legal tradition*) y cultura jurídica (*legal culture*).

dad¹¹. Dicho sea de paso, adviértase ya la preferencia por la nomenclatura de «sistema legal» (*Rechtssystem*) sobre la de «ordenamiento jurídico» (*Rechtsordnung, ordre juridique*), más amplia la primera concepción sobre la segunda¹².

De este modo es objeto del Derecho Comparado, según se ha dicho y su propio nombre indica, «comparar» sistemas legales; esto es «observar y explicar tanto similitudes como diferencias de los distintos sistemas legales»¹³. Para ello habrá de atenderse a sus diversas características, según se ha dicho no todas estrictamente jurídicas como es el caso de los aspectos históricos, culturales e incluso lingüísticos¹⁴ a los que también habrá de prestarse atención; no en vano la traducción jurídica es una de las cuestiones más complejas y polémicas en materia de Derecho Comparado ya que en definitiva el Derecho se expresa en lenguaje (lenguaje legal¹⁵). Tampoco entro ahora en la manida discusión sobre el concreto contenido del respectivo sistema legal que haya de ser objeto de comparación y así, más allá de las normas legales (*legal rules*), hay quien propugna la comparación de otros extremos como pudiera ser el caso de formas informales de resolución de conflictos o incluso componentes metajurídicos derivados de tales aspectos históricos, culturales, sociales, etc¹⁶.

Ciertamente se presume y así tiene lugar, la influencia mutua entre unos y otros sistemas legales que, en buena técnica y en un principio, no debieran/ deberían dar lugar a la preponderancia de ningún sistema legal sobre otros

11. Así la propia definición de Derecho ofrecida por los comparatistas en cuanto «conjunto de normas e instituciones formalmente reconocidas y aplicables, destinadas a regular el comportamiento de los ciudadanos en sus relaciones mutuas y con la comunidad en su conjunto»; traducción libre de la definición proporcionada por MOUSOURAKIS, G., *Comparative Law and legal traditions. Historical and contemporary perspectives*, Springer, Cham (Switzerland), 2019, p. 2 («Law, the objective of Comparative Law, may be defined as a formally recognized and enforceable body of rules and institutions aimed at regulating the behaviour of citizens in their relations with one another and the community as a whole»).

12. De nuevo HUSA, *A new introduction to Comparative Law*, op. cit., p. 19. De hecho, es la expresión que utilizan los comparatistas; a modo de ejemplo de nuevo WATSON, A., «Comparative Law and legal change», op. cit., esp. p. 314, etc.

13. Definición clásica procedente de SCHLESSINGER, R.B., «The past and the future of Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, nº 4-1995, pp. 477-481, textualmente: «to compare means to observe and to explain similarities as well as differences» (p. 477).

14. Sobre la influencia también de los aspectos lingüísticos además de los sociales e incluso biológicos en particular MOUSOURAKIS, G., «Conceptualizing legal change: a Comparative Law approach», *Acta Juridica Hungarica*, vol. 48, nº 3-2007, pp. 259-280, esp. p. 260. En relación con la importancia del lenguaje en materia de Derecho Comparado en particular CARVALHO, J., «Law, language, and knowledge: legal transplants from a cultural perspective», *German Law Journal*, vol. 20, nº 1-2019, pp. 21-45.

15. Así ARNTZ, R., «The Roman heritage in German legal language», en *The development of legal language*, H. Mattila (ed.), Kauppankaari: Finnish Lawyer's Publishing, Helsinki, 2002, pp. 33-54, esp. 1^a págs.

16. Sobre este tema en concreto SIEMS, M., «The power of Comparative Law: what type of units can Comparative Law compare?», *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, nº 4-2019, pp. 861-888.

sino más bien a la «tolerancia» entre todos ellos¹⁷. Sin embargo, a la postre y en la práctica, también operan los denominados «trasplantes legales» (*legal transplanting/legal borrowing*¹⁸, así, dicho brevemente y según reciente definición, «la incorporación, en un sistema jurídico, de ideas o instituciones provenientes de otro sistema o tradición jurídica»¹⁹). Estos, sin ser intrínsecamente dañinos *per se*, adolecen del defecto de no siempre atender a tales aspectos culturales, sociales e incluso lingüísticos, cuya importancia se pone aquí de relieve²⁰; más aún cuando este «transplante» es unidireccional como suele de ordinario operar y así, en gran medida, desde una perspectiva geográfica, de norte a sur. Por otra parte y desde una perspectiva histórica, muchos de ellos han sido de ordinario fruto de la conquista o colonialismo²¹, de ahí la propuesta de revisión que se propone hoy día en este sentido.

Así es; en la actualidad, dando respuesta al *statu quo* del Derecho Comparado como ahora se propone en el título de este capítulo, es defendida cada vez con más ahínco la idea de «descolonizar» al Derecho Comparado como parte del movimiento descolonizador que atiende hoy en el orden mundial²². De ahí también la propuesta de su estudio desde el ámbito particular de tales países

17. En este sentido HUSA, *A new introduction to Comparative Law*, op. cit., p. 23.

18. Terminología procedente de MOUSOURAKIS, G., «Legal transplants and legal development: a jurisprudential and Comparative Law approach», *Acta Juridica Hungarica*, vol. 54, nº 3-2013, pp. 219-236, esp. p. 225.

19. LERNER, P., «La discusión sobre trasplantes legales: recapitulación y análisis», *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 34-2023, pp. 232-278, p. 235. Precursor de dicha expresión e idea es WATSON, A., *Legal transplants: an approach to Comparative Law*, 2^a ed., The University of Georgia Press, Athens and London, 1993, quién define esta acción como «*the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another*» (p. 21); aprovecha a recordar que esta acción no es novedosa sino que ha existido siempre desde la más temprana historia. En clara crítica a tal idea y autor en su día TEUBNER, G., «Legal irritants: good faith in British Law or how unifying Law ends up in new divergences», vol. 61, *Modern Law Library*, nº 1-1998, pp. 11-32, con empleo del ejemplo de la *bona fides* en el Derecho de contratos británico importada desde el Derecho continental.

20. El mejor ejemplo en nuestro país lo constituye la propia institución juradista que configura un modelo de Jurado denominado «puro» de corte anglosajón; entre muchos trabajos JIMENO BULNES, M., «La participación popular en la administración de justicia mediante el Jurado (Art. 125 CE)», *Documentos Penales y Criminológicos*, vol. 2, 2004, pp. 297-357, esp. pp. 338 y ss, así como «Lay participation in Spain: the jury system», *International Criminal Justice Review*, vol. 14, 2004, pp. 164-185, esp. pp. 170 y ss.

21. De nuevo MOUSOURAKIS, G., «Legal transplants and legal development: a jurisprudential and Comparative Law approach», op. cit., esp. p. 225.

22. Al respecto GUERRA, G., «Un Diritto Comparato per la 'comune umanità'», *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 35-2024, pp. 413-424, esp. pp. 417 y ss, con propuesta de «des-imperializar» el Derecho Comparado intentando así suprimir la tradicional postura hegemónica de determinadas tradiciones jurídicas sobre otras; en sintonía similar y en el mismo ejemplar, CECCHI, R., «Decolonising Comparative (Constitutional) Law: a pragmatic approach», *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 35-2024, pp. 201-218, acusando el colonialismo imperante de procedencia europea y norteamericana. Para una teoría genérica del movimiento descolonizador véase desde la perspectiva sociológica la obra de Boaventura de Sousa Santos y así, a modo de ejemplo, DE SOUSA SANTOS, B., *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Ediciones Trilce, Montevideo, 2010, esp. pp. 79 y ss, en relación con el «imperialismo cultural y la posibilidad de la contrahegemonía».

«colonizados» que reclaman hoy su participación en el espacio jurídico transnacional y con ello su opinión en la construcción del moderno Derecho Comparado²³. Finalmente, cierto es que, desde una perspectiva global, tengan lugar o no tales trasplantes legales, toda tradición jurídica está en permanente y, aún más, creciente contacto con otras²⁴.

Hoy día se atiende igualmente al desarrollo del fenómeno de unificación y/o armonización legislativa²⁵ como posterior evolución del Derecho Comparado siendo para ello, sin lugar a ningún género de dudas, el Derecho europeo o, más concretamente aún, el Derecho de la Unión Europea el mayor exponente. De este modo los distintos sistemas legales y tradiciones jurídicas convergen en una suerte de orden jurídico supranacional, cuya lectura ha de realizarse también en clave política en favor de dicho espíritu unificador²⁶ como es el caso patente de la Unión Europea, siendo este sin duda objetivo prioritario antaño para derivar hoy en mera «aproximación» legislativa²⁷. Sin entrar ahora de lleno en las diferencias entre la actual aproximación legislativa y la armonización o unificación propugnada en su día en el ámbito de la Unión Europa²⁸ sirva en todo caso poner de relieve que la alternativa del reconocimiento mutuo —en sentido estricto respecto de resoluciones jurisdiccionales y no de ordenamientos jurídicos— se reputa insuficiente, siquiera en el ámbito procesal penal como ha sido puesto de relieve en intensa práctica de cooperación judicial penal²⁹.

23. A modo de ejemplo y con tal pretensión LÓPEZ-MEDINA, D., «El nacimiento del Derecho Comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina», *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 13, nº 26-2015, pp. 117-159, acusando la constante influencia del Derecho extranjero en la elaboración de los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos.

24. Así GLENN, H. P., *Legal traditions of the world*, 5^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 42.

25. Al respecto SIEMS, M., *Comparative Law*, 2^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 5 y ss, para cuyo objetivo es punto de partida el Derecho Comparado.

26. De esta opinión ZWEIGERT, K. y KOTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 3^a ed., trad. por Tony Weir, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 3.

27. En concreto dicho principio es incluido ya de forma expresa y complementaria al de reconocimiento mutuo para el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en arts. 81.1 y 81.2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) en el ámbito de la cooperación judicial civil y penal respectivamente. Por todos, aquí y ahora, JIMENO BULNES, M., *La orden europea de detención y entrega*, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 75 y ss.

28. Véase en particular WEYEMBERGH, A., «Approximation of criminal laws, the Constitutional Treaty and the Hague Programme», *Common Market Law Review*, vol. 42, nº 6-2005, pp. 1567-1597, esp. 1^a pág; así también la misma autora en «The function of approximation of penal legislation within the European Union», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 12, nº 2-2005, pp. 149-172 y, más ampliamente, *L'harmonisation des législations: conditions de l'espace penal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 2004.

29. Al respecto MATTERA, A., «L'harmonisation des législations nationales: un instrument d'intégration et de reconnaissance mutuelle», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, nº 4-2010, pp. 679-727, sobre la necesidad de tal armonización/aproximación legislativa como complemento del principio de reconocimiento mutuo; así

En todo caso sí parece claro que el propio mecanismo y funcionamiento del Derecho de la Unión Europea ha superado con creces al Derecho Comparado, al menos en el ámbito europeo, por cuanto la metodología clásica de este último resulta ahora inútil para la construcción del nuevo ordenamiento jurídico de la Unión y, en esencia, de la propia Unión Europea en su conjunto, cuestión sobre la que parece no haber discusión entre los comparatistas³⁰. De este modo y como es bien sabido en nuestro contexto el Derecho de la Unión Europea en absoluto puede ser equiparado a la suma de ordenamientos jurídicos nacionales procedentes de los Estados miembros³¹ ni nace siquiera a partir de una comparación entre los mismos, razón por la que el Derecho Comparado ha tenido aquí escasa o nula actuación; bien es cierto que, en bastante medida, el Derecho de la Unión ha supuesto una verdadera revolución en el panorama jurídico internacional en cuanto ordenamiento jurídico de corte propio y, por ende, autónomo³².

Si acaso el movimiento europeo en este sentido al menos ha servido para poner de relieve la propia «internacionalización» del Derecho Comparado³³ y así, junto a la creación de tal Derecho de la Unión, surgen otros compendios jurídicos de lo que podría llamarse una suerte de Derecho Internacional Comparado en los que, como el propio nombre indica, ha sido mayor la intervención de la metodología comparada; es así el caso, por ejemplo, del denominado *Human Rights Law* en los países anglosajones, en los que adquiere especial importan-

también BARGIS, M., «La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 67, nº 4-2012, pp. 914-928. En nuestro país, desde una perspectiva crítica, DE HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea ¿asimilación automática o corresponsabilidad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 9, nº 22-2005, pp 807-842 y «El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea», en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, M. Jimeno Bulnes (ed.), Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 69-93.

30. De gran interés el trabajo de BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A., «Comparative Law and European Law: the end of an era, a new beginning, or time to face the methodological challenges?», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 61, 2015, pp. 88-104, esp. pp. 92 y ss, proponiendo en su caso diferentes métodos metodológicos en el ámbito del Derecho Comparado para el examen ahora del Derecho de la Unión.

31. Así DE VISSER, M. y CLAES, M., «Courts united? On European judicial networks», en *Lawyering Europe. European Law as a transnational social field*, A. Vauchez y B. De Witter (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland, OR, 2013, pp. 75-100, esp. p.82

32. Así KLAMERT, M., «The autonomy of the EU (and of EU Law): through the kaleidoscope», *European Law Review*, vol. 42, nº 6-2017, pp. 815-830, esp. p. 822, predicando la independencia de la influencia de cualesquier Estados miembros. Dicho «principio» de autonomía es aplicado igualmente en la jurisprudencia europea; a modo de ejemplo, HINDELANG, S., «Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU Law: the CJEU's judgment in Achmea put in perspective», *European Law Review*, vol. 44, nº 3-2019, pp. 383-400.

33. En esta línea SIEMS, *Comparative Law*, op. cit., pp. 291 y ss. Sobre esta relación entre Derecho de la Unión y Derecho Internacional en particular KIRCHMAIR, L., «Europäische Souveränität? Zur Autonomie des Unionsrechts im Verhältnis zum Völkerrecht sowie den Mitgliedstaaten am Beispiel der Corona-Krise», *Europarecht*, nº 1-2021, pp. 28-39, utilizando el ejemplo de la pandemia del COVID-19.

cia el estudio de tal ordenamiento jurídico y/o disciplina atingente a la protección de los derechos humanos³⁴. Todo ello, por supuesto, intervenga o no el Derecho Comparado en cuestión, no obstante a que se produzcan relaciones y, aún más, intersección entre unos y otros ordenamientos jurídicos o disciplinas; así, por ejemplo y entre muchos otros supuestos, el caso concreto del denominado Derecho Penal europeo que toma parte del ordenamiento jurídico de la Unión junto a la protección de derechos humanos³⁵ pues, no en vano, el ámbito penal se muestra especialmente sensible en esta materia, tanto desde la perspectiva nacional como europea.

3. *Tertium genus: ¿Derecho Escandinavo o Derecho Nórdico?*

Entrando ya de lleno en la propuesta de sistemas legales y/o tradiciones jurídicas que imperan en el marco europeo ha de recordarse que, hasta la fecha, los estudios de Derecho Comparado han procedido a una clasificación bipartita y/o dual para la adscripción de los ordenamientos jurídicos imperantes en los distintos países; clasificación que puede extenderse también a la geografía americana³⁶, no en vano fruto de la conquista en el sentido antes expresado. Ciertamente aún hoy día se duda del número exacto de tradiciones jurídicas (también denominadas tradiciones o «familias» legales³⁷, concepto que entiendo aquí equiparable al de sistema legal y por ello su doble uso) imperantes en el mundo³⁸. Por ello que, como ya se ha dicho, no es aquí el propósito el análisis del conjunto de ellas, pero sí, en cambio, poner de relieve que, siquiera

34. No en vano se prevé legislación específica como es el caso de la *Human Rights Act 1998* británica, disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents> (última visita: 17.10.2024). Entre la literatura, a modo de ejemplo y para una diferencia con otras disciplinas u ordenamientos jurídicos, TOMUSCHAT, C., «Human rights and International Humanitarian Law», *The European Journal of International Law*, vol. 21, nº 1-2010, pp. 15-23, en defensa de la aún existencia del *Human Rights Law* pese a la aparición del posterior *Humanitarian Law*, ambas construcciones independientes; en nuestro país DE FEYTER, K. y GÓMEZ ISA, F. (eds.), *International Human Rights Law in a global context*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao 2009.

35. A modo de ejemplo en la literatura RAIMONDI, G. (ed.), *Focus: European Criminal Law and human rights*, Eucrim, nº 3-2015.

36. Por ello su examen muchas veces en conjunto; así, a modo de ejemplo, MERRYMAN, J.H. y CLARK, D.S., *Comparative Law: Western European and Latin American legal systems: cases and materials*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1978.

37. Sobre el concepto de sistema y/o tradición legal en particular DUVE, T., «Legal traditions: a dialogue between comparative law and comparative legal history», *Comparative Legal History*, vol. 6, nº 1-2018, pp. 15-33, quien se ocupa de revisar el clásico concepto de legal tradition empleado por H. Patrick Glenn; así su conocida obra GLENN, *Legal traditions of the world*, op. cit., examinando tanto el concepto de *traditio* en si mismo como las distintas tradiciones jurídicas parece hoy día existentes tanto en Occidente como Oriente (islámica, hindú, china...).

38. Para una discusión del número exacto de tradiciones legales existentes en el mundo REICHEL, P.L. *Comparative criminal justice systems. A topical approach*, 4^a ed., Prentice Hall, N. York, 2008, pp. 104-105.

hasta la fecha, ha parecido existir cierto consenso en la manifestación de dos modelos netamente diferenciados y aplicables, tanto desde la perspectiva civil como penal así como en el ámbito del Derecho Privado y del Derecho Público³⁹.

En suma, también y como ya se ha anticipado, se trata de las familias jurídicas del Derecho Civil de origen romano-germánico (*Civil Law*) y el Derecho Común (*Common Law*) de procedencia angloamericana. La primera recibe nombre e influencia, como es sabido, del Derecho Romano o *ius civile* tal y como resulta de la interpretación realizada en la Edad Media; en todo caso sistema o tradición jurídica, cuyo eje central es la persona en sí misma así como el realce del fenómeno de la codificación⁴⁰; la segunda, en cambio, se centra en el enjuiciamiento o, en sentido literal, resolución judicial (*adjudication*) siendo fundamental sus características de ética y equidad (*equity*)⁴¹. Ha sido por ello frecuente la comparación entre ambas familias o sistemas legales⁴² intentado aunar y en algún caso importar los aspectos positivos de uno y otro, siquiera en alguno de los dos sentidos posibles, dando ello lugar a la combinación e interrelación de las diferentes tradiciones legales como resultado de la dinámica del Derecho Comparado *par excellence*⁴³. Ello a la postre deriva en la convergencia de los distintos modelos previstos en las diversas tradiciones legales como resultado a menudo de tales trasplantes legales, cuya eficiencia ha sido por este motivo defendida, tanto desde la perspectiva legal como económica⁴⁴.

39. Sobre la aplicación en términos generales del Derecho Comparado en ambos contextos HUSA, *A new introduction to Comparative Law*, op. cit., pp. 6 y ss, destacando como en su origen el estudio del Derecho Comparado se realiza desde la perspectiva del Derecho Público pero a partir del siglo XX su examen en especial concierne al ámbito del Derecho Privado.

40. Ampliamente, desde la perspectiva de la persona, GLENN, *Legal traditions of the world*, op. cit., pp. 132 y ss; así también, entre muchos, en relación con el fenómeno de la codificación MOUSOURAKIS, *Comparative Law and legal traditions. Historical and comparative perspectives*, op. cit., pp. 238 y ss.

41. De nuevo respectivamente GLENN, *Legal traditions of the world*, op. cit., pp. 236 y ss, así como MOUSOURAKIS, *Comparative Law and legal traditions. Historical and comparative perspectives*, op. cit., pp. 251 y ss.

42. A modo de ejemplo, MANCE, J.H., «In a manner of speaking: how do Common, Civil and European Law compare?», *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, vol. 78, nº 2-2014, pp. 231-251, estableciendo comparación desde la perspectiva de la práctica judicial lo que denota la procedencia del autor.

43. En relación con el funcionamiento del Derecho Comparado en términos generales GERBER, D., J. «Systemic dynamics: towards a language of Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, nº 4-1998, pp. 719-737, esp. pp. 724 y ss, en referencia también a un cambio de objetivos. Sobre la idea de convergencia, a menudo confundida con la de unificación y/o armonización, LERNER, P. «Sobre armonización, Derecho Comparado y la relación entre ambos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVII, nº 111-2004, pp. 919-966, definiendo a la convergencia como «un proceso gradual que se lleva a cabo sobre la base de cambios en el orden legislativo interno de los países, que adoptan una normativa común» (p. 922).

44. En esta línea MATTEI, U., «Efficiency in legal transplants: an essay in comparative law and economics», *International Review of Law & Economics*, vol. 14, nº 1-1994, pp. 3-19, esp. pp. 5 y ss.

Por lo que respecta a nuestro *case study*, cual es aquí el Derecho Escandinavo y/o Nórdico hay que decir que tradicionalmente ha sido adscrito al Derecho Civil germánico⁴⁵, por tanto, familia jurídica de procedencia continental. Sin embargo, ha sido también defendido en las últimas décadas —especialmente, aunque no sólo— por parte de cierta literatura de origen nórdico⁴⁶ que el sistema legal de este ámbito geográfico posee unos rasgos particulares; así se argumenta que tales países, textualmente, «no tienen grandes códigos como los franceses o los alemanes, sino (simplemente) actos legislativos específicos, (un) modelo común de Estado del bienestar y la estrecha interacción entre sus legisladores», características todas ellas que «también pueden justificar una familia jurídica separada y relativamente uniforme»⁴⁷. Por ello que, desde esta perspectiva, se propugna la consideración de un nuevo sistema legal sin renunciar a su origen proveniente de la tradición jurídica continental (*country cousin of Continental Law*)⁴⁸.

Hay que reconocer que la existencia de la familia jurídica nórdica y/o escandinava ya encontró también apoyo en su día en algún sector doctrinal dentro de la literatura generalista ocupada en el estudio de Derecho Comparado y así su propio lugar en el examen de los distintos sistemas legales existentes a nivel mundial (*world's legal systems*)⁴⁹. Por ello que su defensa como tradición jurídica propia no puede exclusivamente argumentarse en motivos de interés nacional o particular de tales países nórdicos, por cuanto, en la línea indicada, figura ya en las clasificaciones de familias jurídicas propuestas en tratados de Derecho Comparado clásicos como el elaborado por Arminjon, Nolde y Wolff en la década de los cincuenta⁵⁰. Dentro de esta bibliografía general y autorizada en materia de Derecho Comparado si acaso suele citarse también a Zweigert y Kötz como los máximos defensores de la tradición legal nórdica y así su

45. Por todos, aquí y ahora, SIEMS, *Comparative Law*, op. cit., p. 92.

46. A modo de ejemplo y con especial cita HUSA, J., NUOTIO, K. y PIHLAJAMÄKI, H., «*Nordic Law: between tradition and dynamism*», *TICOM - Tillburg Institute of comparative and Transnational Law Working Paper*, No. 2008/10, p. 3, disponible en ULR https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287088 (última visita: 22.10.2024); más ampliamente ampliamente, HUSA, J., NUOTIO, K. y PIHLAJAMÄKI, H. (eds.), *Nordic Law: between tradition and dynamism*, Intersentia, Antwerpen, 2007.

47. SIEMS, *Comparative Law*, op. cit., p. 92 (traducción libre).

48. Así HUSA, *A new introduction to Comparative Law*, op. cit., p. 227; entiende el autor que «*Nordic thinking is characterized by a similar type of legal mentality, which distinctly differs from civil law and common law*» (p. 228).

49. Al respecto VAN REENEN, T.P., «*Major theoretical problems of modern comparative legal methodology (3): the criteria employed for the classification of legal systems*», *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 29, nº 1-1996, pp. 71-99, esp. pp. 77 y ss.

50. ARMINJON, P., NOLDE, B.B. y WOLFF, M., *Traité de Droit Comparé*, t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, pp. 42 y ss, disponible en ULR <https://digitalcommons.law.scu.edu/monographs/10/> (última visita: 22.10.2024).

inclusión como familia jurídica independiente desde la primera edición de su obra en 1998⁵¹.

Una cuestión prioritaria a determinar es la propia nomenclatura y así Derecho Derecho Escandinavo/Derecho Nórdico, hasta ahora ciertamente terminología en ambos casos utilizada de forma indistinta incluso por la propia literatura comparatista procedente de esta región⁵². Parece haber sido la última de ellas la más utilizada por la bibliografía de Derecho Comparado procedente de dicho entorno geográfico para englobar de este modo los sistemas legales que atañen a Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, no obstante, entendiendo operan singulares diferencias geográficas entre territorios escandinavo y nórdico⁵³; de cualquier forma, se ha señalado de forma concreta por tales autores que «el Derecho Nórdico se ha basado en una visión integradora y orientada al estatus de la justicia social y la ética social que ha sido relevante para la configuración general del sistema jurídico»⁵⁴. Ello si bien es cierto que a nivel internacional se muestra preferencia por la rúbrica de Derecho Escandinavo y quizás por esta razón también la aquí elegida para nuestro estudio desde una perspectiva foránea; es igualmente esta terminología la empleada por otros autores también de procedencia nórdica, precisamente en publicaciones que utilizan esta misma denominación⁵⁵. Pese a todo, no parecen existir especiales razones para la preferencia por una u otra entendiendo así aquí y

51. Hoy ZWEIGERT, K. y KOTZ, H. *An introduction to Comparative Law*, 3^a ed., op. cit., Cap. IV. The Nordic legal family, pp. 276-285.

52. A modo de ejemplo MALMSTRÖM, A., «The system of legal systems: notes on a problem of classification in Comparative Law», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 13, 1969, pp. 127-150, esp. p. 147, con referencia a «the Nordic (Scandinavian) family of legal systems».

53. En particular BERNITZ, U., «*What is Scandinavian Law? Concept, characteristics, future*», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 50, 2007, pp. 13-29, textualmente «*in a strictly geographical sense, Scandinavia means the Scandinavian peninsula, situated between the Atlantic Ocean and the Baltic -sea. In that sense, only Norway and Sweden and the northernmost part of Finland would constitute Scandinavia. However, in a more general sense it is obvious that also Denmark belongs to Scandinavia, albeit the Jutland peninsula forms part of the European mainland. Finland is by history and culture firmly a Nordic country. So are also Iceland and the Faroe islands. Greenland is geographically regarded as part of the American continent but also by history and culture primarily a part of the Nordic region*» (p. 15).

54. HUSA, J., NUOTIO, K. y PIHLAJAMÄKI, H., «Nordic Law: between tradition and dynamism», *TICOM - Tilburg Institute of comparative and Transnational Law Working Paper*, No. 2008/10, p. 3, disponible en ULR https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287088 (última visita: 22.10.2024).

55. De nuevo BERNITZ, «*What is Scandinavian Law?...*», op. cit., pp. 15 y ss, donde aborda esa disyuntiva terminológica; precisamente su contribución tiene lugar en volumen de carácter monográfico dentro de la colección *Scandinavian Studies in Law* levando por título *What is Scandinavian Law*. Así también STRÖMOLM, S. y HIRCHFELDT, J., «General features of Swedish Law», en *Swedish legal system*, M. Bogdan y C. Wong (eds.), 2^a ed, Norstedts juridic, Stockholm, 2022, pp. 1-17, esp. p. 10; parece que la nomenclatura de Derecho Escandinavo fué ya adoptada en la bibliografía comparatista clásica y así DAVID, R., *Traité élémentaire de droit civile comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia, París, 1950.

ahora que ambas pueden operar de forma indistinta, siquiera desde la perspectiva conceptual.

De este modo, con independencia de la rúbrica utilizada, sí es clara la defensa por parte de tales autores de una tradición jurídica propia e independiente para este supuesto y sin que ello sea óbice para que también se aprecien sensibles diferencias entre los ordenamientos jurídicos de estos países; de hecho, dentro de esta familia nórdica o escandinava se realiza clasificación igualmente entre la región del Oeste o *West-Nordic area* (Dinamarca, Islandia y Noruega) y región del Este o *East-Nordic area* (Finlandia y Suecia)⁵⁶. En cualquier caso, la idea de una familia jurídica independiente a modo de «tercera vía» entre *Civil Law* y *Common Law* es también es apoyada fuera del contexto nórdico y/o escandinavo, sin duda con el propósito de igualmente defender la coexistencia de otras familias o tradiciones jurídicas hasta ahora desconocidas⁵⁷. No en vano parece resultar cuanto menos contradictorio incluir el particular sistema legal nórdico en aquella familia jurídica de tradición romano-germánico en la que su rasgo más singular por oposición al *Common Law* es la propuesta codificadora (especialmente en el ámbito del Derecho civil) cuando ni siquiera el Derecho Romano alcanzó área geográfica alguna de Escandinavia ni tampoco existe —ni se prevé— futuro código civil alguno para cualesquiera de estos estados⁵⁸.

Además de esta singular característica y así la ausencia del movimiento codificador en el sentido expresado o bien la indicada importancia del *welfare state*⁵⁹ que impregna cualesquiera ordenamientos jurídicos de este territorio geográfico, pueden señalarse otros rasgos comunes a tales países. Así, por una parte y de forma esencial, su propia metodología jurídica como fruto de esta ausencia de codificación que hace necesario acudir al Derecho estatutario y a la jurisprudencia como fuentes de Derecho⁶⁰; por otra parte y dentro de este

56. En este sentido HUSA, NUOTIO, y PIHLAJAMÄKI, «Nordic Law: between tradition and dynamism», op. cit., p. 7.

57. Así por ejemplo HRUBA, A., «Scandinavian Law: a separate legal system?», *Science of XXI century: development, main theories and achievements*, vol. 1, European Scientific Platform, Helsinki, 2022, pp. 72-73, para defender en este caso la singularidad del ordenamiento jurídico de Ucrania.

58. Vid. BERNITZ, «What is Scandinavian Law?...», op. cit., p. 15.

59. Sobre el modelo social nórdico en particular HUSA, NUOTIO, y PIHLAJAMÄKI, «Nordic Law: between tradition and dynamism», op. cit., pp. 29-30 así como pp. 34 y ss, ampliamente ya en relación propiamente dicha al *welfare state* nórdico.

60. En esta línea CARLSON, L., *The fundamental of Swedish Law*, 3^a ed., Studentenliteratur AB, Lund, 2019, p. 39, textualmente: «*the mixture of statutory and case law, the perceived role of the judges, and the degree of self-regulation built into the legal system, are characteristic of that referred as to a Nordic legal family*». Precisamente se utiliza aquí Suecia igualmente como *case study* dentro de tal Derecho Escandinavo y/o Nórdico, cuyo examen de fuentes se realiza por misma autora en pp. 42 y ss; así también, entre otros y a modo de ejemplo, VOGEL, H., «Sources of Swedish Law», en *Swedish legal system*, op. cit., pp. 18-37.

mismo sistema de fuentes, la particular importancia que adquieren los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*)⁶¹ a la hora de proceder a la interpretación normativa, hasta el punto de adquirir el mismo valor que el propio texto legislativo⁶². A ello se suma además su indudable pragmatismo a diferencia de la abstracción que rodea a la tradición romano-germánica del *Civil Law* en la que, hasta ahora y en su defecto, ha sido incluido tal Derecho Escandinavo⁶³. Por último, se argumenta también la estrecha cooperación legislativa que tradicionalmente han mantenido tales países nórdicos, si bien la misma parece encontrarse hoy día también en declive⁶⁴.

No obstante, ha de manifestarse que también la presencia de estas características se muestra de forma diferente para el Derecho Privado y el Derecho Público, último de los cuales nos ocupa en mayor medida en sintonía con nuestro Derecho Procesal. Por ello la propuesta aquí de examinar en particular el Derecho Procesal escandinavo y, en concreto, el proceso penal sueco eligiendo este país como modelo y ejemplo (*case study*) en nuestro especial estudio sobre la familia legal nórdica. No en vano, en los últimos tiempos, quizás haya tenido lugar en materia de Derecho Comparado mayor estudio del Derecho Procesal Penal que del Derecho Procesal Civil⁶⁵ y, si acaso, también mayor influencia

61. *Förabeten* en Suecia disponibles por fechas en buscador oficial del archivo nacional de este país <https://sok.riksarkivet.se> Procedimiento legislativo se inicia mediante el nombramiento de un comité legislativo por parte del gobierno quien conduce formalmente una *inquiry (undersökning)* entendiendo por tal la investigación inicial sobre la problemática identificada por el gobierno, todas ellas disponibles en la base de datos oficial del gobierno sueco <https://rkrattsbaser.gov.se> También información en inglés en servidor oficial de la institución <https://www.government.se> Al respecto entre la literatura VOGEL, «Sources of Swedish Law», op. cit., pp. 28 y ss.

62. Así CARLSON, *The fundamental of Swedish Law*, op. cit., p. 45, de modo que «*if a legal question is not answered in the legislative text, the court will often check whether the issue was addressed in the legislative preparatory works*». Sobre el escaso valor de tales trabajos preparatorios en nuestro país en particular CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXII, nº 3-2019, pp. 749-794, quien propone un valor intermedio a los mismos entre «el culto a los materiales prelegislativos creyendo que son interpretación auténtica de la ley que lo pueden todo por ser verdadera expresión de la voluntad de la ley» y el «absoluto desprecio por carecer de todo valor interpretativo, así como tampoco su libre apreciación por el intérprete» (p. 792).

63. En particular HUSA, NUOTIO, y PIHLAJAMÄKI, «Nordic Law: between tradition and dynamism», op. cit., pp. 13 y ss. Sobre esta y otras características como las enunciadas, WENANDER, H., Europeanisation of the proportionality principle in Denmark, Finland and Sweden», *Review of European Administrative Law*, vol. 13, nº 2-2020, pp. 133-153, esp. pp. 135 y ss.

64. De nuevo BERNITZ, «What is Scandinavian Law?...», op. cit., pp. 23 y ss.

65. A modo simplemente de ejemplo PASSANANTE, L., «El Derecho Procesal Civil: entre positivismo y comparación», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. 2, 2021, pp. 41-58, esp. pp. 44 y ss, donde pone de relieve la falta de estudios comparados de calidad en este ámbito que vayan más allá de la comparación meramente normativa. Por todas, como obra clásica puede citarse CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, 2^a ed., Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2017; como obra reciente PASQUALOTTO, V., *Proceso civil comparado. Del Derecho Procesal Comparado a la comparación en el proceso civil*, trad. D. Cazeau, Palestra Editores, Lima, 2023, pp. 155 y ss. También de interés en la literatura comparatista clásica por el examen de distintos sistemas legales y ordenamientos jurídicos VAN RHEE, C.H. (ed.), *European traditions in civil procedure*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005.

entre unos y otros ordenamientos jurídicos. De este modo en años recientes ha sido mucho más abundante la literatura comparatista vertida en el ámbito procesal penal, bien en examen individual de los distintos sistemas legales y/u ordenamientos jurídicos⁶⁶ o bien en examen general y conjunto de los diversos modelos de proceso penal, lo que en esencia constituye un estudio de Derecho Comparado⁶⁷; ello, a pesar de que, nuevamente, es escasa la atención bibliográfica presentada al contexto geográfico objeto aquí de estudio⁶⁸.

4. Sobre el proceso penal sueco *in singulari*

Parece existir consenso que, como es lógico, también el Derecho Penal (y Procesal Penal) Comparado encuentra igualmente su origen en la antigua Grecia y así la importante labor a este respecto desempeñada por la escuela aristotélica; ello si bien debe entenderse, sin embargo, que en este momento objeto de interés y estudio no era en modo alguno el proceso como tal sino las instituciones existentes en las ciudades-estado (*politeia*) vecinas⁶⁹. Realmente el inicio del estudio del Derecho Penal Comparado en términos generales no tiene lugar hasta la época de la Ilustración (*age of enlightenment*) gracias al ilustre Cesare Beccaria (1738-1794), citado como primer criminólogo y cuya obra *De los delitos y las penas* (1764) podría considerarse ya un ensayo en la materia al proclamar reformas en los códigos penales europeos de la época⁷⁰. No obstante, habrá aún que esperar al siglo XIX y en especial XX para observar un auge en el estudio comparado del Derecho Penal en general y proceso penal en particular, especialmente a partir del surgimiento de instituciones y asociaciones dedicadas a este ámbito; es el caso del renombrado Instituto Max Planck en Fribur-

66. A este respecto son clásicas las obras de DELMAS MARTY, M. y SPENCER, J.R. (eds.), *European criminal procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, si bien ausente España, así como VOGLER, R. y HUBER, B. (eds.), *Criminal procedure in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, estando el estudio de nuestro país a cargo de F. Gascón Inchausti y M.L. Villamarín López en pp. 541-653. Recientemente, a modo de ejemplo, TERRILL, R.J., *World criminal justice systems. A comparative survey*, 10^a ed., Routledge, New York and London, 2024, con elección de los sistemas legales de Inglaterra y Gales, Francia, Japón, Sudáfrica, Rusia, China y países islámicos.

67. De especial interés ESER, A., *Comparative Criminal Law. Development – aims – Methods*, C.H. Beck – Hart – Nomos, München, 2017, con atención a Derecho sustantivo y procesal en el ámbito penal. También merece citarse por reunir ambas perspectivas, individual y comparada, DAMMER, H.J. y ALBANESE, J.S., *Comparative criminal justice systems*, 5^a ed., International edition, Wadsworth Cengage learning, 2014.

68. A modo de ejemplo entre las excepciones PRATT, J., «The Nordic exceptionalism thesis revisited», en *Research Handbook of Comparative Criminal Justice*, D. Nelken y C. Hamilton (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK & Northampton, MA, USA, 2022, pp. 109-125, quien, dicho sea de paso, se ocupa de la «excepcionalidad» del Derecho Penitenciario nórdico.

69. Vid. ESER, *Comparative Criminal Law...*, op. cit., pp. 5 y ss.

70. En esta línea DAMMER y ALBANESE, *Comparative criminal justice systems*, op. cit., p. 4.

go⁷¹ y la Asociación Internacional de Derecho Penal fundada en París en 1924⁷². En este contexto, igualmente, se señalan como imperantes dos tradiciones jurídicas o familias legales, de nuevo la romano-germánica o *Civil Law* y la anglo-americana o *Common Law*, con mayores o menores críticas⁷³.

Tradicionalmente en el ámbito del Derecho Procesal Penal la distinción entre ambos sistemas legales se realiza en mayor medida atendiendo a la también dual división entre sendos modelos inquisitivo y acusatorio o adversarial (adversativo para otro sector doctrinal⁷⁴) haciendo coincidir el primero con la tradición jurídica del *Civil Law* mientras que el segundo se adscribe de ordinario a la familia legal del *Common Law*⁷⁵. Sin perjuicio de la mayor o menor certeza de esta afirmación, al menos hoy día dadas la influencia y convergencia⁷⁶ que cada vez en mayor medida se observa entre procesos penales nacionales bajo el barniz además impuesto por la Unión Europea y, en su caso, Consejo de Europa⁷⁷, bien es cierto que a cada sistema o modelo se le atribuyen unas determinadas características o rasgos a fin de proceder a su singularización en sendas etapas de instrucción/investigación y enjuiciamiento. Dejando ahora al margen la certeza de estos modelos a la fecha y su apropiada denominación estudiada en otro momento y lugar⁷⁸, se trata de examinar aho-

71. Hoy Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, con sitio internet <https://csl.mpg.de/>

72. Más información en página web de la asociación <https://www.penal.org/es>

73. Así por ejemplo ESER, *Comparative Criminal Law...*, op. cit., pp. 109 y ss; igualmente por mi parte en JIMENO BULNES, «El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law...*», op. cit., pp. 221 y ss.

74. Vid. ARMENTA DEU, T., «Procesos acusatorio, mixto y adversativo: significado y descalificaciones índice apriorísticas», en *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del derecho y la justicia penal*, N. González-Cuellar Serrano y E. Demetrio Crespo (dres.) Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, pp. 179-200.

75. Por todos, aquí y ahora, PERISTERIDOU, C. y KLIP, A., «Traditions, trends and challenges for criminal procedure», en *Comparative perspectives of criminal proceedings*, C. Peristeridou y A. Klip (eds.), Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2024, pp. 11-36, esp. pp. 12 y ss.

76. De nuevo en materia de convergencia de procesos penales europeo y/o continental (*Civil Law*) así como angloamericano (*Common Law*) JIMENO BULNES, «El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law...*», op. cit., pp. 262 y ss.

77. Vid. PERISTERIDOU y KLIP A. «Traditions, trends and challenges for criminal procedure», op. cit., pp. 16-17; así también, aún desde otra perspectiva, WENANDER, Europeanisation of the proportionality principle in Denmark, Finland and Sweden», op. cit., pp. 143 y ss. Sobre el proceso penal europeo en particular a la época JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Civitas & Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 91 y ss; igualmente, entre otros, ARMENTA DEU, T., «Europeización del proceso penal y derechos fundamentales: guía y condicionante», en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi*, J. Martín Ostos (coord.), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 67-81. Sobre la duda de dicha clasificación dual así como de tal equiparación terminológica entre «acusatorio y/o adversarial» JIMENO BULNES, «El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law...*», op. cit., pp. 221 y ss así como 241 y ss respectivamente.

78. Una vez más JIMENO BULNES, «El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law...*», op. cit., pp. 243 y ss así como pp. 247 y ss, respectivamente en crítica al proceso «inquisitivo» y «acusatorio», por cierto, que no equivalente necesariamente a «adversarial» en cuanto conceptos e instituciones distintas (vid. pp. 250 y ss en relación con la noción de proceso penal adversarial). Así también en crítica y con anterioridad

ra cuál sería el encaje del proceso penal sueco así como sus características, en su caso, justificativas de esta nueva tradición jurídica a modo de *tertium genus*; para ello habrá de examinarse el *iter* procesal del proceso penal en sus diferentes etapas o fases, básicamente instrucción/investigación y enjuiciamiento.

De este modo y simplificando ahora quizás en exceso⁷⁹, se arguye como una de las diferencias clásicas entre sendos modelos inquisitivo y acusatorio/adversarial el distinto procedimiento que opera en la búsqueda de la verdad (*truth-finding*)⁸⁰ así como la posición del juez/tribunal en el proceso, lo cual se traduce, tanto en la fase de investigación como enjuiciamiento. Así, en el primer modelo, es la búsqueda de la verdad material el objetivo de mayor importancia, especialmente en esta primera fase de investigación o instrucción por lo que se opta por un sistema de *neutral truth-finder* a partir de un funcionario estatal (juez de instrucción y/o ministerio fiscal) comisionado para recopilar en una suerte de *dossier* o sumario escrito además de «secreto»⁸¹ la información y documentación preparatoria del posterior juicio oral en donde la misma será vertida como prueba. Por el contrario, en el segundo modelo acusatorio y/o ahora adversarial, adquiere mayor importancia la noción de *fainerss* (equidad)⁸² así como los papeles desplegados por la acusación y defensa, cuya investigación se desarrolla de forma paralela hasta alcanzar el *discovery*, institución propia del contexto adversarial angloamericano y en cambio desconocida en el proceso europeo continental⁸³. Esta concepción tiene lugar también en la pos-

78. BACHMAIER WINTER, L., «Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal», en *Proceso penal y sistemas acusatorios*, L. Bachmaier Winter (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 11-48.

79. Por todos PERISTERIDOU y KLIP, «Traditions, trends and challenges for criminal procedure», op. cit., pp. 13 y ss. En España, a modo de ejemplo y para un examen más completo, RAMOS ROMEU, F., «Proceso inquisitorio y proceso adversarial: orígenes y funcionamiento en 109 países», *Justicia*, nº 3-4 2008, pp.345-381.

80. Así ESER, *Comparative Criminal Law*, op. cit., p. 109. A modo de ejemplo GRANDE, E., «Dances of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth», en *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context. Essays in honour of Mirjan Damaska*, J. Jackson, M. Langer y P. Tillers (eds.), Hart Publishing, Oxford & Portland, OR, 2008, pp. 145-164, para la diferencia de este aspecto en uno y otro modelo; ampliamente CALLAHAN, C.P., *The search for truth*, Sextant Press, Chicago, 1997.

81. Al respecto, hace ya muchos años JIMENO BULNES, M., «El principio de publicidad en el sumario», *Justicia*, nº III-IV 1993, pp. 645-717, esp. pp. 676 y ss.

82. De este modo se dice que la búsqueda de la verdad material («lo que realmente acaeció») no es objeto esencial del proceso adversarial sino que emerge un valor más importante, cuál es la celebración de un «juicio justo» (*fair trial*). Entre la literatura WEIGEND, T., «Should we search for the truth and who should do it?», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol.36, 2011, pp.389-414, esp. p.390, así como NORTON, J., JENNINGS, S.E. y TOWE, T.E., «Truth and individual rights: a comparison of United States and French pretrial procedures», *American Criminal Law Quarterly*, vol.2, 1963, pp. 159-201, comparando la búsqueda de la verdad en los dos países. Así también, en relación con estas metas y los valores del proceso adversarial véase SWARD, E., «Values, ideology and the evolution of the adversary system», vol. 64, *Indiana Law Journal* 1989, pp. 301-355, esp. p.304.

83. Para una perspectiva comparada consultese los estudios clásicos de DAMASKA, M., «Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 121, 1973, pp. 506-589, esp. p.533 así como SCHLESSINGER, R. B., «Comparative criminal proce-

terior fase de enjuiciamiento donde el juez (*decision maker*) igualmente adquiere un papel activo en el caso del modelo inquisitivo y pasivo en el supuesto del modelo acusatorio/adversarial; de ahí que se haya denominado al primero un modelo de proceso (penal) *judge-centered* a diferencia del segundo *party-centered*⁸⁴.

Por lo que atiende al proceso penal sueco en particular se ha dicho que su paradigma consiste en la celebración de un «juicio público tras la conclusión de una investigación preliminar realizada por el (ministerio) fiscal» de acuerdo con los «principios de oralidad, inmediación y concentración»⁸⁵ que rigen para esta fase de juicio oral; todo ello de acuerdo con la regulación hoy día vigente, cuál es el denominado Código de Procedimiento Judicial (*Rättegångsbalken*, RB, 1942:740)⁸⁶. Hay que añadir que es esta norma común de carácter orgánico y procesal para sendos órdenes jurisdiccionales civil y penal pues, además de la regulación del proceso correspondiente para ambos casos, se presta atención a la organización judicial de esta jurisdicción ordinaria por oposición a la jurisdicción administrativa, cuya división y/o reparto de competencias allí mismo se realiza⁸⁷; más aún, se provee también de normativa común para tales procesos civil y penal en materia, entre otras, probatoria al tiempo que se realiza distinción con legislación específica para aquellos procedimientos instados en tribunales inferiores además de aquellos que tienen lugar ante el Tribunal de Apelación y Tribunal Supremo, tanto en sede civil como penal⁸⁸.

dure: a plea for utilizing foreign experience», *Buffalo Law Review*, vol. 26, 1976, pp.361-385, esp. p.372, este último con referencia de forma bastante gráfica a una especie de «escenario neandertal» en procesos penales de EEUU; así también entre la literatura en español de gran interés GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Los procesos civil y penal en EEUU, convergencias y divergencias. Perspectiva del abogado penalista», en *La convergencia entre proceso civil y penal ¿una dirección adecuada?*, T. Armenta Deu (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 45-57, esp. pp.51 y ss.

84. Ambas expresiones proceden de HERRMANN, J., «Various models of criminal proceedings», *South African Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 2, 1978, pp. 3-19, esp. p. 5.

85. WONG, C., «Criminal procedure», en *Swedish legal system*, op. cit., pp. 186-212, 1^a pág.

86. En vigor desde 1 de enero de 1948 está disponible traducción al inglés en servidor oficial del gobierno sueco ULR <https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-code-of-judicial-procedure/> (última visita: 24.10.2024). Versión original en ULR https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/rattegangsbalk-1942740_sfs-1942-740/#K22 (última visita: 24.10.2024).

87. RB 10:17 (capítulo 10, sección 17); también de interés para la organización judicial de este país la información disponible en las páginas webs de la Unión Europea correspondientes a la Red Judicial Europea en materia penal ULR <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn2021/ContentDetail/EN/5/30> y e-justicia https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-se-en.do?member=1 (última visita: 24.10.2024). Entre la literatura, por todos, CARLSON, *The fundamental of Swedish Law*, op. cit., pp. 36 y ss.

88. En suma y respectivamente, para la jurisdicción ordinaria, tribunales de distrito (*tingsrätter*) y tribunales de apelación (*hovrätter*); a fecha de 2022 se localizaban en el país 48 tribunales de distrito y 6 tribunales de apelación además de un tribunal supremo (*Högsta domstolen*). Datos proceden de CARLSON, *The fundamental of Swedish Law*, op. cit., p. 36 y WONG, «Criminal procedure», op. cit., p. 188; también información en servidor oficial *Sveriges Domstolar* con traducción al inglés en enlace <https://www.domstol.se/other-languages/>

Sumariamente, pues no es propósito aquí y ahora proceder a su completa descripción, y estableciendo comparación con nuestro proceso penal, podría decirse que el proceso penal sueco presenta, tanto rasgos comunes como diferenciadores con el hoy aún previsto en la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal 1882⁸⁹. Siquiera a modo de ejemplo y de una forma muy básica puede decirse que, entre tales características comunes se encuentra la regla general de la acumulación de la acción civil derivada del delito a la penal en beneficio de la economía procesal y víctima (*målsägande*), a fin de evitarle a esta última acudir a dos instancias procesales⁹⁰; ello si bien cumpliendo ambas acciones el mismo standard probatorio y así «más allá de toda duda razonable» (*beyond a reasonable doubt*) como es propio en el proceso adversarial norteamericano a fin de obtener la condena del acusado/a⁹¹. Incluso y esta sería una ulterior similitud —siquiera parcial— cabe la posibilidad de que la víctima se erija en acusación particular (*enskilt åtal*) toda vez obtenida autorización para ello por parte de la autoridad correspondiente para el caso de que no exista acción penal pública a cargo del Ministerio Fiscal (*allmän åklagare*)⁹², si bien ello en la práctica parece no ser común pues no en vano habrá de afrontar las costas procesales⁹³. Porque sí algo destaca al proceso penal sueco que lo asemeja a otros ordenamientos jurídicos —especialmente de procedencia angloamericana pero aún europeos⁹⁴— es la mayor presencia y aplicación del principio de

[english](#) (última visita: 24.10.2024). Finalmente, sobre los antecedentes históricos y actualidad de la organización judicial sueca STRÖMOLM, y HIRCHFELDT, «General features of Swedish Law», op. cit., pp. 11 y ss.

89. Como observa la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica (sic) de Enjuiciamiento Criminal, enero 2021, se trata de una norma que «data de 1882, con setenta y nueve modificaciones, más cincuenta de ellas posteriores a la entrada en vigor de la Constitución en 1978» (p. 2); por cierto que dicho documento aún se encuentra disponible en la página del Ministerio de Justicia u hoy Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, no así el texto que informa.

90. RB 22: *Private claims in consequence of offences*. Sobre el papel de la víctima en el seno del proceso penal sueco en particular WERGENS, A., «The role and standing of the victim in the face of criminal procedure – Sweden», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 73, nº 1-2002, pp. 259-300, esp. pp. 272 y ss.

91. Al respecto, en particular, SAPHIRO, B., «The beyond reasonable doubt doctrine: 'moral comfort' or standard of proof?», *Law and Humanities*, vol. 2, nº 2-2008, pp.149-173 en relación a los orígenes de este principio y en comentario de la obra de WHITMAN, J.Q., *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*, Yale University Press, N. Haven, CT, 2008.

92. RB 20:8, textualmente: «*The aggrieved person may not institute a prosecution for an offence falling within the domain of public prosecution unless he has reported the offence for prosecution and the prosecutor has decided not to institute a prosecution. When a prosecutor has instituted a prosecution, the aggrieved person may support the prosecution; he may also appeal to a superior court*». Esto es, no cabe ejercicio conjunto de acusación pública y particular, cuanto menos la popular que no está prevista.

93. RB 31:11, textualmente: «*The applicable parts of Chapter 18 apply to the apportionment of litigation costs in cases brought solely by the aggrieved person*». El capítulo 18 se ocupa específicamente de las costas procesales.

94. Un buen ejemplo son los Países Bajos; así GEELHOED, W., «Prosecutorial discretion in the Netherlands: an advantage for politicians?», en *Criminal liability of political decision makers*, F. Zimmerman (ed.), Springer International Publishing, Cham (Switzerland), 2017, pp. 369-381, esp. pp. 371 y ss, en referencia al denominado «expediency principle». Sobre tal principio de oportunidad como alternativa al de legalidad en términos

oportunidad en su conjunto y aún predicada la vigencia del principio de legalidad, pudiendo decidir el Ministerio Fiscal en cierto tipo de delitos si sostener la acusación haciendo uso de la discrecionalidad que tiene para ello (*åkalagarbrott*) conforme la legislación imperante y la cual prevé, tanto el no inicio⁹⁵ como la suspensión de la investigación ya iniciada⁹⁶.

Ciertamente se observa que esta fase de investigación del proceso penal sueco denominada *förundersökning* (investigación preliminar) observa alguna característica propia del sistema acusatorio y/o adversarial como sería en este caso la aludida manifestación del principio de oportunidad o *prosecutorial discretion*⁹⁷ que concierne al ministerio público, siquiera para la iniciación del proceso; no, en cambio, la finalización, por cuanto la conformidad o *plea bargaining*, por el contrario, no parece estar legalmente contemplada con carácter general⁹⁸. También y no ha sido aún mencionado, la mayor intervención policial en la instrucción, hasta el punto de que puede ocuparse al completo de la investigación en los supuestos de delitos de escasa entidad sin tener que dar cuenta al Ministerio Fiscal⁹⁹, lo que también es propio de sistemas legales del *Common Law* como el previsto en Inglaterra y Gales, aun cuando para estos

generales y desde una perspectiva comparada DE VOCHT, D., «*Prosecution and alternatives*», en *Comparative perspectives of criminal procedure*, op. cit., pp. 131-153, esp. pp. 133 y ss.

95. RB 20:7, con previsión de tales supuestos de «*waiver of prosecution*» (*åtalsunderlättelse*) y así, entre otros: «1. If it may be presumed that the offence would not result in another sanction tan a fine; 2. If it may be presumed that the sanction would be a conditional sentence and special reasons justify waiver of prosecution; 3. If the suspect has committed another offence and no further sanction in addition to the sanction for that offence is needed in respect of the present offence...». Sobre las razones a este respecto en particular WONG, «*Criminal procedure*», op. cit., p. 194.

96. RB 23:4^a, exponiendo los supuestos legales para ello y así, fundamentalmente, como primero de ellos «*if continued inquiry would incur costs not in reasonable proportion to the importance of the matter and the offence, if prosecutor, would not lead to a penalty more severe than a fine*»; se trata, en suma de los llamados delitos «*bagatela*» (*Bagatellsteitätigkeit* o *Bagatelldelikt* en el proceso penal).

97. A modo de ejemplo entre la literatura HOGDSON, J., «*Prosecution in adversarial and inquisitorial procedures: the weakening of professional autonomy*», en *Research Handbook of Comparative Criminal Justice*, op. cit., pp. 49-83, estableciendo comparación entre el proceso penal inglés y francés; amplia y extensamente CAIANELLO, M. y HODGSON, J.C., *Discretionary criminal justice in a comparative context*, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2015, comparando manifestaciones de dicho principio de oportunidad en los distintos sistemas legales, entre ellos el nuestro.

98. Si bien sí existe una conformidad encubierta en la disposición contenida en RB 30:6 que permite en determinados supuestos el dictado de sentencia de «*forma simplificada*» (*förenklad form*); así, en concreto, «*if the defendant has admitted the act and a penalty other tan imprisonment, or closed juvenile care or f imprisonment for a term of no more than six months is imposed, the judgment may be rendered in simplified form*». No obstante, de forma expresa y desde una perspectiva internacional, Suecia figura aún como país sin incorporación de la institución de la conformidad o *plea bargaining*, de ahí mi airmación; así LANGER, M., «*The diffusion of plea bargaining and the global administration of criminal convictions*», en *Research Handbook of Comparative Criminal Justice*, op. cit., pp. 84-108, esp. p. 87, tabla en la que Suecia figura con abreviatura NA (tabla, por cierto, con datos erróneos para España).

99. RB 23:3, textualmente: «*A decision to initiate a preliminary investigation is to be made either by the police authority or by the prosecutor. If the investigation has been initiated by the police authority and the matter is not of a simple nature, the prosecutor shall assume responsibility for conducting the investigation as soon*

últimos hayan operado con posterioridad reformas legales a este respecto a fin de reducir el «poder» de las fuerzas policiales¹⁰⁰. No obstante, parecen ser mayores los rasgos del denominado sistema inquisitivo, al menos para esta primera fase del proceso penal sueco¹⁰¹, por cuanto, podría añadirse, entre otras importantes características, continúa siendo única la investigación (oficial) a partir de un solo sumario/dossier.

Por lo que atiende a la segunda etapa de enjuiciamiento conocida como *rättegång* (juicio), esta se inicia con la formulación de acusación por parte del ministerio público (*stämningsansökan*) contra persona determinada¹⁰². En este caso el Ministerio Fiscal cede en su competencia en favor de los órganos jurisdiccionales adquiriendo el primero el papel de parte junto a la persona acusada y su defensa, razón por la que esta segunda fase adquiere ya el carácter de un proceso acusatorio y/o adversarial en sintonía con restantes países europeos del entorno y, en suma, de la Europa continental. En efecto, pieza esencia de esta segunda fase es la celebración de juicio oral y público en el que tiene lugar la presentación y práctica de la prueba (*evidence*), cual es, sin duda y como es sabido, pieza esencial de esta segunda etapa en sendos modelos inquisitivo y acusatorio/adversarial¹⁰³. Si bien se ha argumenta la similitud de este juicio penal con la celebración de un juicio civil¹⁰⁴, no obstante, el juez o, en concreto, tribunal de distrito (de ordinario, en primera instancia, juez profesional

as someone is reasonably suspected of the offence. The prosecutor shall also take over the conduct of the investigation if there special reasons so require».

100. Básicamente la *Police and Criminal Evidence Act (PACE) 1984*, c. 60, disponible en servidor oficial con ulr <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents> (última visita: 24.10.2024). Al respecto en particular, SPENCER, J.R. «The English system», en *European criminal procedures*, op. cit., pp. 142-217, esp. pp. 165 y ss, en relación con los poderes de la policía; también sobre este tema y el principio de oportunidad para este sistema legal en su conjunto DARBYSHIRE, P., «Criminal procedure in England and Wales», en *Criminal procedure in Europe*, pp. 39-169, esp. pp. 86 y ss; por último y más recientemente, TERRILL, *World criminal justice systems...*, op. cit., pp. 74 y ss. Desde una perspectiva global sobre el mayor o menor papel de la policía en el curso de tal fase de investigación en los diferentes países HOFMANN, R., «Investigations», en *Comparative perspectives of criminal procedure*, op. cit., pp. 51-77, esp. pp. 55 y ss.

101. Así WERGENS, «The role and standing of the victim in the face of criminal procedure – Sweden», op. cit., p. 259.

102. RB 45:1, textualmente: «A prosecutor who wants to institute a prosecution shall file with the court a written application for summons against the person to be charged: however, to the extent found appropriate, the court may authorize the prosecutor to issue a summons. A prosecution is deemed instituted when the summons application is filed with the court or, if the prosecutor has issued the summons when is served upon the defendant...»

103. Por todos, KLIP, A., «Evidence», en *Comparative perspectives of criminal procedure*, op. cit., pp. 183-204, esp. 1^a pág.

104. De esta opinión CARLSON, *The fundamental of Swedish Law*, op. cit., p. 173. Ciertamente, ha de recordarse, la regulación es conjunta de la actividad probatoria para el proceso civil y penal en la Parte Tercera (capítulos 35-41) del Código de Procedimiento Judicial.

acompañado de tres jueces legos o *lay assessors*)¹⁰⁵ conserva y dirige las reglas del juego tomando partido a la hora de decidir sobre la admisión probatoria e incluso sustitución de la misma respecto de aquella propuesta por las partes, procediendo siempre y en todo caso a la libre valoración de la prueba («según su conciencia»)¹⁰⁶. Finalmente, como en buena parte de los sistemas legales nacionales, el juicio finaliza con exposición de alegaciones finales (*closing arguments*) por ambas partes del proceso y sentencia susceptible de impugnación¹⁰⁷.

5. A modo de conclusión

Hecha exposición de nuestro estudio de caso sólo cabe exponer unas breves reflexiones aún en curso respecto la singularidad del proceso penal sueco en particular y la pervivencia del Derecho Escandinavo en general como *tertium genus* en el seno de las familias legales o tradiciones jurídicas. En un momento de constante cambio en la normativa procesal penal nacional a remolque de la europea o influencia de unos y otros ordenamientos jurídicos, cualquier conclusión que se pretenda establecer a este respecto sólo puede ser, a mi juicio, provisional.

105. RB 1:3b, textualmente: «*At main hearings in criminal cases in the district courts the district court shall consist of one legally qualified judge and three lay judges, unless otherwise prescribed*». Por tanto, la formula ordinaria en esta segunda fase de enjuiciamiento es la presencia de escabinado a salvo que la pena aparejada al delito en abstracto constituya pena de multa o bien privativa de libertad por tiempo inferior a 6 meses según dispone el mismo precepto. Sobre el papel de tales *lay assessors* en particular KUNTJAK IVKOVIC, S., «*An inside view: professional judges' and lay judges' support for mixed tribunals*», *Law & Policy*, vol. 25, nº 2-2003, pp. 93-122 así como JACKSON, J. y KOVALEV, N., «*Lay adjudication and human rights in Europe*», *Columbian Journal of European Law*, vol. 13, nº 1-2006, pp. 83-123, con examen de 46 países, todos ellos miembros del Consejo de Europa; más reciente y ampliamente, en términos generales, KUNTJAK IVKOVIC, S., SEIDMAN DIAMOND, S., HANS, V.P. y MARDER, N.S., *Juries, lay judges, and mixed courts. A global perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

106. RB 35:1, textualmente: «*After evaluating everything that has occurred in accordance with the dictates of its conscience, the court shall determine what has been proved in the case*». En materia de admisión probatoria RB 35:7, textualmente: «*If the court finds that a circumstance that a party offers to prove is without importance in the case, or that an item of evidence offered is unnecessary or evidently should be of no effect, the court shall reject that proof. The court may also reject an item of evidence offered if the evidence can be presented in another way with considerably less trouble or costs*». Sobre el significado de esta «conciencia» o «íntima convicción» en particular SORVATZIOTI, D.F. y MANSON, A., «*Burden of proof and l'intime conviction: is the continental criminal trial moving to the Common Law?*», *Canadian Criminal Law Review*, vol. 23, 2018, pp. 107-129.

107. RB 30 así como Parte Quinta (capítulos 49-53) y Sexta (capítulos 54-57) del Código de Procedimiento Judicial sueco en materia respectivamente de apelación y casación. Como ha sido dicho, el derecho al recurso es bastante amplio en Suecia llegando a decidir el Tribunal Supremo también sobre cuestiones de hecho a modo de una tercera instancia; así WONG, «*Criminal procedure*», op. cit., p. 197.

Tradicionalmente el proceso penal sueco ha sido adscrito por parte de algún reputado sector doctrinal¹⁰⁸ al denominado sistema mixto o modelo acusatorio formal junto a otros países como, en concreto, se cita Dinamarca o especialmente Italia, país este último que se dice por parte de la misma literatura que acusa gran influencia del modelo adversarial inglés¹⁰⁹. No obstante y en buena técnica, habría aquí que realizar adscripción a este mismo modelo a modo de «tercera vía» la práctica totalidad de procesos penales existentes en los distintos países, por cuanto los mismos en su gran parte participan con mayor o menor graduación de este carácter semi-inquisitivo y/o semi-acusatorio. Todo ello, claro está, de resultar admisible la propia pervivencia de este tercer modelo procesal penal, cuestión a resolver y que en gran medida se dilucida desde la perspectiva geográfica como en momento anterior ya tuve ocasión de exponer¹¹⁰.

Igualmente reitero la pasada afirmación de que no existe un modelo de proceso penal puro ni adscribible en sentido estricto a cualesquiera de las, al menos, dos (o tres) categorías expuestas al tiempo que también podría decirse que son muchos los modelos de proceso acusatorio y especialmente inquisitivo existentes¹¹¹; item más, ni siquiera resulta hoy día importante proceder a esta clasificación en un momento de convergencia de los sistemas procesales penales, en buena parte debido al objetivo de aproximación legislativa predicado desde la Unión Europea y no sólo. Ciertamente ya desde hace años se viene advirtiendo en el ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal Comparado un movimiento doctrinal que propugna igualmente, sino la abolición, siquiera la infravaloración de tales modelos de proceso penal aplicables en las tradiciones jurídicas de Derecho Civil y *Common Law*¹¹². En cualquier caso, somos varios los autores (o autoras) que hemos abogado por la revisión siquiera terminológica de esta distinción —especialmente por lo que atañe al proceso inquisitivo en particular— junto a los caracteres adscritos a uno y otro modelo¹¹³; con ello defende-

108. En concreto clasificación procedente en su día de ESER, A., «The acceleration of criminal proceedings and the rights of the accused: comparative observations as to the reform of criminal procedure in Europe», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 3, nº 4-1996, pp. 341-369, esp. p. 343.

109. En contra, en cambio, recientemente LUPARIA DONATI, L., *La procédure pénale entre droit comparé et justice européenne*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021, pp. 8 y ss.

110. JIMENO BULNES, «El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*...», op. cit., pp. 221 y ss, afirmando que la elección por el carácter bipartito o tripartito de la distinción deriva de la procedencia de la literatura comparatista y así el primero se manifiesta en el ámbito académico procedente de Estados Unidos mientras que el segundo procede de la corriente doctrinal europea.

111. Una vez más JIMENO BULNES, «El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*...», op. cit., p. 242.

112. A modo de ejemplo LANGER, M., «Strength, weakness or both? On the endurance of the adversarial-inquisitorial systems in comparative criminal procedure», en *Research Handbook on comparative criminal procedure*, J. Ross & S. Thaman (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK & Northampton, MA, 2016, pp. 519-537.

113. Así también BACHMAIER WINTER, «Acusatorio versus inquisitivo...», op. cit., pp. 11 y ss.

mos la supresión de la tradicional creencia mítica que diferencia entre el proceso «bueno» (acusatorio) y el «malo» (inquisitivo)¹¹⁴.

Finalmente, en cuanto a la consideración del Derecho Escandinavo y/o Nórdico como tradición jurídica o familia legal diferenciada puede igualmente ser aplicable la anterior argumentación en favor de una nueva configuración de tales familias legales o tradiciones jurídicas junto con ello la reformulación del estudio del Derecho Comparado en general; no, en vano, la disciplina y materia se encuentra en constante cambio y puede que la metodología de antaño resulte hoy día ya anticuada¹¹⁵, la cual hoy día debe además adaptarse al surgimiento del nuevo Derecho de la Unión Europea, al menos en los países en los que este último resulta aplicable. Tampoco resulta especialmente justificable su defensa como modelo separado de las clásicas tradiciones romano-germánica y angloamericana, más aún cuando los propios partidarios de esta autonomía reconocen su nacimiento y/o creación a partir del Derecho Civil, esencialmente de corte germánico¹¹⁶; a lo sumo podría considerarse un subgrupo dentro de esta gran familia al igual que otros como la propia separación entre familia romanista y germánica. Si acaso sirva el reclamo de tal autonomía para proponer su estudio en consonancia con el de otros ordenamientos jurídicos dentro del contexto europeo como aquí y ahora tiene lugar.

6. Bibliografía

- ARAGONESES, A., *Un jurista del modernismo: Raymond Saleilles y los orígenes del Derecho Comparado*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2009.
- ARMENTA DEU, T., «Europeización del proceso penal y derechos fundamentales: guía y condicionante», en *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz Conradí*, J. Martín Ostos (coord.), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 67-81.
- ARMENTA DEU, T., «Procesos acusatorio, mixto y adversativo: significado y descalificaciones índice apriorísticas», en *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del derecho y la justicia penal*, N. González-Cuéllar Serrano y E. Demetrio Crespo (dres.) Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, pp. 179-200.

114. Vid. JIMENO BULNES, «El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*...», op. cit., pp. 221. Prueba de este carácter sumamente peyorativo atribuido al modelo inquisitivo son propuestas como la de SLANSKY, D.A., «Anti-inquisitorialism», *Harvard Law Review*, vol. 122, nº 6-2009, pp. 1634-1704, propuesta en este caso aplicada al proceso penal norteamericano.

115. De esta opinión, HUSA, NUOTIO, y PIHLAJAMÄKI, «Nordic Law: between tradition and dynamism», op. cit., p. 11.

116. En esta línea BERNITZ, «What is Scandinavian Law?...», op. cit., p. 28; así también coinciden HUSA, NUOTIO, y PIHLAJAMÄKI, «Nordic Law: between tradition and dynamism», op. cit., p. 11.

- ARMINJON, P., NOLDE, B.B. y WOLFF, M., *Traité de Droit Comparé*, t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, disponible en ULR <https://digitalcommons.law.scu.edu/monographs/10/> (última visita: 22.10.2024).
- ARNTZ, R., «The Roman heritage in German legal language», en *The development of legal language*, H. Mattila (ed.), Kauppakaari: Finnish Lawyer's Publishing, Helsinki, 2002, pp. 33-54.
- BACHMAIER WINTER, L., «Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal», en *Proceso penal y sistemas acusatorios*, L. Bachmaier Winter (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2008, pp.11-48.
- BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A., «Comparative Law and European Law: the end of an era, a new beginning, or time to face the methodological challenges?», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 61, 2015, pp. 88-104.
- BARGIS, M., «La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 67, nº 4-2012, pp. 914-928.
- BERNITZ, U., «What is Scandinavian Law? Concept, characteristics, future», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 50, 2007, pp. 13-29.
- BOGDAN, M. y WONG, C. (eds.), *Swedish legal system*, 2^a ed, Norstedts juridic, Stockholm, 2022.
- CACHÓN CADENAS, M., *Historia de procesalistas, universidades y una Guerra Civil (1900-1950)*, Dykinson, Madrid, 2012.
- CACHÓN CADENAS, M., *Otras historias de procesalistas y del proceso*, Dykinson, Madrid, 2022.
- CAIANELLO, M. y HODGSON, J.C., *Discretionary criminal justice in a comparative context*, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2015.,
- CALLAHAN, C.P., *The search for truth*, Sextant Press, Chicago, 1997.
- CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, 2^a ed., Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2017.
- CARLSON, L., *The fundamental of Swedish Law*, 3^a ed., Studentenliteratur AB, Lund, 2019.
- CARVALHO, J., «Law, language, and knowledge: legal transplants from a cultural perspective», *German Law Journal*, vol. 20, nº 1-2019, pp. 21-45.
- CECCHI, R., «Decolonising Comparative (Constitutional) Law: a pragmatic approach», *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 35-2024, pp. 201-218.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXII, nº 3.2019, pp. 749-794.
- DAMASKA, M., «Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 121, 1973, pp. 506-589.

- DAMMER, H.J. y ALBANESE, J.S., *Comparative criminal justice systems*, 5^a ed., International edition, Wadsworth Cengage learning, 2014.
- DAVID, R., *Traité élémentaire de droit civile comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950.
- DE FEYTER, K. y GÓMEZ ISA, F. (eds.), *International Human Rights Law in a global context*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao 2009.
- DE HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea ¿asimilación automática o corresponsabilidad?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 9, nº 22-2005, pp 807-842.
- DE HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea», en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, M. Jimeno Bulnes (ed.), Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 69-93.
- DE SOUSA SANTOS, B., *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Ediciones Trilce, Montevideo, 2010.
- DE VISSER, M. y CLAES, M., «Courts united? On European judicial networks», en *Lawyering Europe. European Law as a transnational social field*, A. Vauchez y B. De Witter (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland, OR, 2013, pp. 75-100.
- DELMAS MARTY, M. y SPENCER, J.R. (eds.), *European criminal procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- DUVE, T., «Legal traditions: a dialogue between comparative law and comparative legal history», *Comparative Legal History*, vol. 6, nº 1-2018, pp. 15-33.
- ELLIS, J., «General principles and Comparative Law», *The European Journal of International Law*, vol. 22, nº 4-2011, pp. 949-971.
- ESER, A., «The acceleration of criminal proceedings and the rights of the accused: comparative observations as to the reform of criminal procedure in Europe», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 3, nº 4-1996, pp. 341-369.
- ESER, A., *Comparative Criminal Law. Development – aims – Methods*, C.H. Beck – Hart – Nomos, München, 2017.
- GARCÍA ROCA, J., «El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como materia en la enseñanza en España», *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 14-2014, <https://www.iustel.com>
- GEELHOED, W., «Prosecutorial discretion in the Netherlands: an advantage for politicians?», en *Criminal liability of political decision makers*, F. Zimmerman (ed.), Springer International Publishing, Cham (Switzerland), 2017, pp. 369-381.
- GERBER, D.J., «Systemic dynamics: towards a language of Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, nº 4-1998, pp. 719-737.

- GLENN, P., *Legal traditions of the world*, 5^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Los procesos civil y penal en EEUU, convergencias y divergencias. Perspectiva del abogado penalista», en *La convergencia entre proceso civil y penal ¿una dirección adecuada?*, T. Armenta Deu (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 45-57.
- GRANDE, E., «Dances of criminal justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth», en *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context. Essays in honour of Mirjan Damaška*, J. Jackson, M. Langer y P. Tillers (eds.), Hart Publishing, Oxford & Portland, OR, 2008, pp. 145-164.
- GUERRA, G., «Un Diritto Comparato per la 'comune umanità'», *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 35-2024, pp. 413-424.
- HERRMANN, J., «Various models of criminal proceedings», *South African Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 2, 1978, pp. 3-19.
- HINDELANG, S., «Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU Law: the CJEU's judgment in Achmea put in perspective», *European Law Review*, vol. 44, nº 3-2019, pp. 383-400.
- HUSA, J., *A new introduction to Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015.
- HUSA, J., NUOTIO, K. y PIHLAJAMÄKI, H. (eds.), *Nordic Law: between tradition and dynamism*, Intersentia, Antwerpen, 2007.
- HUSA, J., NUOTIO, K. y PIHLAJAMÄKI, H., «Nordic Law: between tradition and dynamism», *TICOM - Tilburg Institute of comparative and Transnational Law Working Paper*, No. 2008/10, disponible en ULR https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287088 (última visita: 22.10.2024).
- HRUBA, A., «Scandinavian Law: a separate legal system?», *Science of XXI century: development, main theories and achievements*, vol. 1, European Scientific Platform, Helsinki, 2022, pp. 72-73.
- JACKSON, J. y KOVALEV, N., «Lay adjudication and human rights in Europe», *Columbian Journal of European Law*, vol. 13, nº 1-2006, pp. 83-123.
- JIMENO BULNES, M., «El principio de publicidad en el sumario», *Justicia*, nº III-IV 1993, pp. 645-717,
- JIMENO BULNES, M., «La participación popular en la administración de justicia mediante el Jurado (Art. 125 CE)», *Documentos Penales y Criminológicos*, vol. 2, 2004, pp. 297-357.
- JIMENO-BULNES, M., «Lay participation in Spain: the jury system», *International Criminal Justice Review*, vol. 14, 2004, pp. 164-185.
- JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Civitas & Thomson Reuters, Madrid, 2011.
- JIMENO BULNES, M., «El proceso penal en los sistemas del common law y civil law: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº 2-2013, pp. 207-310.

- JIMENO BULNES, M., *La orden europea de detención y entrega*, Tirant lo Blanch, 2024.
- JUNG, H., «Should we compare Laws or cultures?», *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 5, nº 1-2017, pp. 1-17.
- KIRCHMAIR, L., «Europäische Souveränität? Zur Autonomie des Unionsrechts im Verhältnis zum Völkerrecht sowie den Mitgliedstaaten am Beispiel der Corona-Krise», *Europarecht*, nº 1-2021, pp. 28-39.
- KLAMERT, M., «The autonomy of the EU (and of EU Law): through the kaleidoscope», *European Law Review*, vol. 42, nº 6-2017, pp. 815-830.
- KUNTJAK IVKOVIC, S., «An inside view: professional judges' and lay judges' support for mixed tribunals», *Law & Policy*, vol. 25, nº 2-2003, pp. 93-122.
- KUNTJAK IVKOVIC, S., SEIDMAN DIAMOND, S., HANS, V.P. y MARDER, N.S., *Juries, lay judges, and mixed courts. A global perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- LANGER, M., «Strength, weakness or both? On the endurance of the adversarial-inquisitorial systems in comparative criminal procedure», en *Research Handbook on comparative criminal procedure*, J. Ross & S. Thaman (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK & Northampton, MA, 2016, pp. 519-537.
- LERNER, P., «Sobre armonización, Derecho Comparado y la relación entre ambos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVII, nº 111-2004, pp. 919-966.
- LERNER, P., «La discusión sobre trasplantes legales: recapitulación y análisis», *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 34-2023, pp. 232-278, p. 235.
- LÓPEZ-MEDINA, D., «El nacimiento del Derecho Comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina», *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 13, nº 26-2015, pp. 117-159.
- LLUIS Y NAVAS, J., «Los grandes sistemas jurídicos de la edad contemporánea. Estudio comparativo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 2-2021, pp. 339-392.
- LUPARIA DONATI, L., *La procédure pénale entre droit comparé et justice européenne*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021.
- MALMSTRÖM, A., «The system of legal systems: notes on a problem of classification in Comparative Law», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 13, 1969, pp. 127-150.
- MANCE, J.H., «In a manner of speaking: how do Common, Civil and European Law compare?», *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, vol. 78, nº 2-2014, pp. 231-251,
- MATTEI, U., «Efficiency in legal transplants: an essay in comparative law and economics», *International Review of Law & Economics*, vol. 14, nº 1-1994, pp. 3-19.

- MATTERA, A., «L'harmonisation des législations nationales: un instrument d'intégration et de reconnaissance mutuelle», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n° 4-2010, pp. 679-727.
- MERRYMAN, J.H., «Comparative Law scholarship», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 21, 1998, pp. 771-784,
- MERRYMAN, J.H. y CLARK, D.S., *Comparative Law: Western European and Latin American legal systems: cases and materials*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1978.
- MOUSOURAKIS, G., «Comparative Law and legal universalism: An historical perspective», *Journal for Juridical Science*, vol. 32, n° 1-2007, pp. 144-162.
- MOUSOURAKIS, G., «Conceptualizing legal change: a Comparative Law approach», *Acta Juridica Hungarica*, vol. 48, n° 3-2007, pp. 259-280.
- MOUSOURAKIS, G., «Legal transplants and legal development: a jurisprudential and Comparative Law approach», *Acta Juridica Hungarica*, vol. 54, n° 3-2013, pp. 219-236.
- MOUSOURAKIS, G., *Comparative Law and legal traditions. Historical and contemporary perspectives*, Springer, Cham (Switzerland), 2019.
- NELKEN, D. y HAMILTON, C. (eds.), *Research Handbook of Comparative Criminal Justice*, Elgar Publishing, Cheltenham, UK & Northampton, MA, USA, 2022.
- NORTON, J., JENNINGS, S.E. y TOWE, T.E., «Truth and individual rights: a comparison of United States and French pretrial procedures», *American Criminal Law Quarterly*, vol.2, 1963, pp. 159-201.
- PASQUALOTTO, V., *Proceso civil comparado. Del Derecho Procesal Comparado a la comparación en el proceso civil*, trad. D. Cazeauz, Palestra Editores, Lima, 2023.
- PASSANANTE, L., «El Derecho Procesal Civil: entre positivismo y comparación», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. 2, 2021, pp. 41-58.
- PERISTERIDOU, C. y KLIP, A. (eds.), «Traditions, trends and challenges for criminal procedure», en *Comparative perspectives of criminal proceedings*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2024.
- RAIMONDI, G. (ed.), *Focus: European Criminal Law and human rights*, Euclrim, n° 3-2015.
- RAMOS ROMEU, F., «Proceso inquisitorial y proceso adversarial: orígenes y funcionamiento en 109 países», *Justicia*, n° 3-4, 2008, pp. 345-381.
- REICHEL, P.L., *Comparative criminal justice systems. A topical approach*, 4^a ed., Prentice Hall, N. York, 2008.
- SAPIIRO, B., «The beyond reasonable doubt doctrine: 'moral comfort' or standard of proof?», *Law and Humanities*, vol. 2, n° 2-2008, pp.149-173.
- SCHLESSINGER, R. B., «Comparative criminal procedure: a plea for utilizing foreign experience», *Buffalo Law Review*, vol. 26, 1976, pp. 361-385.
- SCHLESSINGER, R.B., «The past and the future of Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n° 4-1995, pp. 477-481.

- SIEMS, M., *Comparative Law*, 2^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2018,
- SIEMS, M., «The power of Comparative Law: what type of units can Comparative Law compare?», *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, nº 4-2019, pp. 861-888.
- SLANSKY, D.A., «Anti-inquisitorialism», *Harvard Law Review*, vol. 122, nº 6-2009, pp. 1634-1704.
- SORVATZIOTI, D.F. y MANSON, A., «Burden of proof and l'intime conviction: is the continental criminal trial moving to the Common Law?», *Canadian Criminal Law Review*, vol. 23, 2018, pp. 107-129.
- SOUTO GALVÁN, C., «La doctrina del Derecho Comparado en España», *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 33-2023, número especial: *Lucio Pegoraro y la enseñanza del Derecho Comparado*, pp. 78-97.
- SWARD, E., «Values, ideology and the evolution of the adversary system», vol. 64, *Indiana Law Journal* 1989, pp. 301-355.
- TERRILL, R.J., *World criminal justice systems. A comparative survey*, 10^a ed., Routledge, New York and London, 2024.
- TEUBNER, G., «Legal irritants: good faith in British Law or how unifying Law ends up in new divergences», vol. 61, *Modern Law Library*, nº 1-1998, pp. 11-32.
- TOMUSCHAT, C., «Human rights and International Humanitarian Law», *The European Journal of International Law*, vol. 21, nº 1-2010, pp. 15-23.
- VAN REENEN, T.P., «Major theoretical problems of modern comparative legal methodology (3): the criteria employed for the classification of legal systems», *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 29, nº 1-1996, pp. 71-99.
- VOGLER, R. y HUBER, B. (eds.), *Criminal procedure in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008,
- WATSON, A., «Comparative Law and legal change», *Cambridge Law Journal*, vol. 37, nº 2-1978, pp. 313-336.
- WATSON, A., *Legal transplants: an approach to Comparative Law*, 2^a ed., The University of Georgia Press, Athens and London, 1993.
- WEIGEND, T., «Should we search for the truth and who should do it?», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 36, 2011, pp. 389-414.
- WENANDER, H., «Europeanisation of the proportionality principle in Denmark, Finland and Sweden», *Review of European Administrative Law*, vol. 13, nº 2-2020, pp. 133-153.
- WERGENS, A., «The role and standing of the victim in the face of criminal procedure – Sweden», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 73, nº 1-2002, pp. 259-300.
- WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: conditions de l'espace penal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 2004.

- WEYEMBERGH, A., «Approximation of criminal laws, the Constitutional Treaty and the Hague Programme», *Common Market Law Review*, vol. 42, nº 6-2005, pp. 1567-1597.
- WEYEMBERGH, A., «The function of approximation of penal legislation within the European Union», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 12, nº 2-2005, pp. 149-172.
- WHITMAN, J.Q., *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*, Yale University Press, N. Haven, CT, 2008.
- ZWEIGERT, K. y KOTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 3^a ed., trad. por Tony Weir, Oxford University Press, Oxford, 1998.

XIV | Independencia judicial: ¿Cómo volver a su olvidada esencia?

Jordi Nieva Fenoll
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD: ALGUNOS ERRORES. 3. DE LA DEPENDENCIA ORIGINARIA A LA MODERNA INDEPENDENCIA DEL SIGLO XVIII. 4. LA ACTUAL NOCIÓN DE INDEPENDENCIA JUDICIAL EN REINO UNIDO Y EEUU: SUS RASGOS FUNDAMENTALES. 5. CONTRA LA AUTOCRACIA JUDICIAL Y LA MANIPULACIÓN POLÍTICA DE LOS JUECES.

1. Introducción

Hace un tiempo, en un país maravilloso de cuyo nombre no quiero acordarme, tuve la desgraciada fortuna de hablar con un juez del lugar. No nos conocíamos. Tras algunos comentarios míos sobre la corrupción sistémica en el país, me dijo así, sincerándose:

«Mire, yo soy un juez corrupto. Me gustaría no serlo, pero si me resisto a algunos de los que vienen a mi juzgado a ofrecerme dinero para que un fallo les beneficie, no sólo no me enriqueceré, sino que conseguirán mi destitución, o directamente me asesinarán. Corromperme es el único modo de sobrevivir en esta sociedad mía».

El testimonio de este juzgador me impresionó tanto que ahora mismo, aunque me dijo su nombre, sería incapaz de recordarlo e incluso de dar algún detalle de su descripción física, más allá de que era un hombre que frisaba los sesenta y tenía leves problemas de sobrepeso, así como otros aparentes achaques derivados probablemente de una dieta demasiado rica en grasas y alcohol. Pero no recuerdo, y esto me resulta sorprendente, ni siquiera su tono de voz. La potencia del mensaje impactó en mí de tal manera que sólo podía concentrarme en lo que acababa de decir aquella persona que, tras hacer esas declaraciones en privado, vio que ya habían venido a buscarle, se despidió muy cortés-

mente y se marchó entre escéptico por su futuro y apesadumbrado por su presente. Nunca sabré si aquel hombre estaba pidiendo ayuda a un profesor extranjero para que yo denunciara lo que estaba ocurriendo en su país, o simplemente intentaba ser paternalista, aunque no me pareció esto último, y en realidad tampoco lo primero. No hablaba orgulloso ni se ufanaba, sino que su voz sonaba más bien como el lamento sordo del que se percata que su vida laboral está próxima a su fin y que, durante la misma, no ha podido transformar absolutamente nada de lo que tal vez anheló mejorar de joven. Al contrario, me contó también que las condiciones de trabajo en su país habían empeorado notablemente con el tiempo.

Llevo ya aproximadamente tres décadas explicando en diversos foros lo que significa la independencia judicial, pero jamás pensé que viviría tan directamente un ejemplo tan diáfano de su vulneración como una confesión desinteresada. Siempre evoqué los ataques a la independencia desde la influencia de poderes políticos y económicos que el juez, si quería, podía resistir, y eso era precisamente lo que la mayoría de la ciudadanía esperábamos de un juzgador. Sin embargo, ahí tenía ante mis ojos a un juez dependiente de esos poderes, que además en su país controlan tanto la política como la economía en una situación de extrema violencia. Quien aspira a ser juez, sabe perfectamente a lo que va, y aunque llega de vez en cuando algún o alguna valiente que tiene que trasladarse constantemente de sede para eludir un homicidio que a veces acaba por suceder, la mayoría llegan al cargo de juez para enriquecerse ilegítimamente. Saben lo que hay, creen que no hay manera humana de cambiarlo y, por tanto, se dedican a ir cobrando ilegalmente aproximadamente entre un 10 y un 30% de la cuantía del asunto para dictar la sentencia comprometida, tomándose el soborno como un sobresuelo que, de hecho, ya esperan. Esas «tarifas», pagadas a veces con pluses lúdicos —prostitución y estupefacientes—, ni siquiera son exclusivas de ese país. Las he escuchado antes en otros Estados de la misma área geográfica, y aún algo más lejos. De hecho, curiosamente son también los porcentajes que se rumorean en países en los que aparentemente no existe ese nivel de corrupción sistémica, aunque sí que está presente en un grado inferior pero, pese a ello, de un modo que resultaría alarmante para la ciudadanía si supiera de esas trapacerías. Todo sería tan sencillo como investigar el tren de vida habitual de algunos de esos jueces, comprobando su patrimonio y descubriendo, incluso con cierta facilidad, que esa situación acomodada no es coherente con el sueldo que han cobrado durante años, y ni siquiera con una desconocida herencia o una «afortunada» lotería. Tal vez algún día se pondrán los medios para que todo esto se sepa y, por tanto, se evite.

La desastrosa situación que acabo de relatar permite, no obstante, introducir una serie de reflexiones sobre la independencia judicial que son pertinentes

justo en este momento. Originariamente no existió esa independencia sino como simple imparcialidad, que es uno de sus más esenciales fundamentos, tan básico que la doctrina¹ tradicionalmente ha separado su estudio del de la independencia, lo que intentaré demostrar en estas líneas que es erróneo. Pero al margen de ello, se ha descrito la independencia como una suerte de blindaje de los jueces frente a cualquier influencia externa, habiendo derivado esta asepsia a la que tantos —yo también— hemos contribuido, en una suerte de autocracia judicial que es absolutamente impropia, porque una cosa es proteger a los jueces de los ataques a su independencia, y otra muy distinta que puedan ignorar absolutamente los mandatos del único poder originario, el poder legislativo, al que no solamente deben obediencia, sino que es el poder ante el que debieran rendir cuentas, como ocurre, de un modo u otro, en una de las democracias modernas más antiguas, una de esas en las que nos hemos inspirado todos los demás: EEUU. Veamos todo ello a continuación.

2. Independencia e imparcialidad: algunos errores

Hace ya tiempo que el estudio de la independencia y de la imparcialidad se ha separado por completo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si bien existen algunos intentos relativamente recientes de volver a aproximar ambas nociones². En realidad, es sorprendente que alguna vez se haya separado su análisis, toda vez que ambas pretenden exactamente lo mismo: la neutralidad del juez. En realidad, ni siquiera se trata de algo difícil de entender.

Sin embargo, aunque existe algún precedente antiguo de una cierta separación de ambas ideas, lo cierto es que lo que parece haber ocurrido es que en un principio los juristas concebían que la neutralidad de un juez sólo debía depender de su falta de relación con las partes o, en cierta medida, con el objeto del proceso, como se evidencia en el Decreto de Horemheb³ del antiguo Egipto, en el que hacia el año 1300 a.C. se ordenaba a los jueces no dejarse influir por otros ciudadanos, tampoco aceptando dinero de ellos⁴. La propia presunción de inocencia, que también es muy antigua al hallarse precedentes,

1. Por todos, Bachmaier Winter, L., *Imparcialidad judicial y libertad de expresión de jueces y magistrados*, Cizur Menor 2008, pp. 37 y ss.

2. Taruffo, M., «La cultura de la imparcialidad en los países del Common Law y del Derecho continental», en AAVV, *La imparcialidad judicial*, Estudios de Derecho Judicial, n. 151, Madrid 2009, p. 98.

3. The Great Edict of Horemheb: https://web.archive.org/web/20180817035720/http://www.reshafim.org.il/ad/egypt/texts/edict_of_horemheb.htm

4. Neudorf, L. *Judicial independence: the judge as a third party to the dispute*, Montreal 2009, pp. 16 y ss, 24-25.

no ya en el Derecho romano⁵, sino en el Código de Hammurabi⁶ —1750 a.C.— y en el antiguo Derecho chino del Shujing —siglo IV a.C.⁷—, es una forma de garantizar la imparcialidad judicial, haciendo que el juez ya de entrada no esté predispuesto contra el reo. En la Edad Media no cambió este modo de ver las cosas⁸.

La idea de la independencia de los otros poderes del Estado es algo bastante más moderno, dado que en el pasado era ontológicamente imposible la separación de los jueces con respecto a su soberano, del que todo el poder provenía, también y, por cierto, especialmente el poder judicial. Por eso la independencia judicial sólo es concebible en democracia. Es decir, a partir de ese momento feliz en que se empezaron a limitar los poderes de reyes y emperadores, como acaeció por primera vez en Inglaterra con la *Bill of Rights* de 1689, y doctrinalmente con la decidida apuesta de Locke en ese sentido, al publicar sus dos Tratados de Gobierno justamente en ese mismo año⁹.

Ilustra el cambio que acaeció en esta materia en aquella época, la archiconocida anécdota legendaria de Federico II el Grande de Prusia y el molinero de Potsdam. «*Wenn wir nicht das Kammergericht in Berlin hätten*»¹⁰, habría dicho el molinero, siempre en la leyenda. La frase puede ser simplemente parte de

5. Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: «*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqu facinus nocentis quam innocentem damnari.*»

6. Ley 1.

7. Gelatt, T.A., «The People's Republic of China and the Presumption of Innocence», *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 1, primavera 1982, p. 263. Karlgren, B. «The Book of Documents», *The Museum of Far Eastern Antiquities. Stockholm*, Bull. n. 22, p. 84, inciso 17.

8. NR, Libro XII, Título XXXII, Ley X.

9. Locke, J., *Two treatises on government*, London 1821, «§.241. But farther, this question (Who shall be judge?) cannot mean, that there is no judge at all: for where there is no judicature on earth, to decide controversies amongst men, God in heaven is judge. He alone, it is true, is judge of the right. But every man is judge for himself, as in all other cases, so in this whether another hath put himself into a state of war with him, and whether he should appeal to the Supreme Judge, as Jephtha did. §. 242. If a controversy arise betwixt a prince and some of the people, in a matter where the law is silent, or doubtful, and the thing be of great consequence, I should think the proper umpire, in such a case, should be the body of the people: for in cases where the prince hath a trust reposed in him, and is dispensed from the common ordinary rules of the law; there, if any men find themselves aggrieved, and think the prince acts contrary to, or beyond that trust, who so proper to judge as the body of the people, (who, at first, lodged that trust in him) how far they meant it should extend? But if the prince, or whoever they be in the administration, decline that way of determination, the appeal then lies no where but to heaven; force between either persons, who have no known superior on earth, or which permits no appeal to a judge on earth, being properly a state of war, wherein the appeal lies only to heaven; and in that state the injured party must judge for himself, when he will think fit to make use of that appeal, and put himself upon it. §. 243.»

10. «*Sais-tu bien, continua le Roi, que je puis le prendre, sans te donner un denier ? Oui, répondit le meunier, n'était la chambre de justice de Berlin.*» Thiébault de Laveaux, J.C., *Vie de Frederic II, Roi de Prusse*, Estrasburgo 1787, p. 308.

una fabulación que, no obstante, por la época en la que se originó el relato¹¹, estaba tratando de impulsar una independencia judicial, entonces inexistente, de la que ni siquiera un soberano absoluto, el Rey, pudiera escapar, incluso, y esto es curioso, siendo inviolable. Desde Bracton —siglo XIII— se decía en Inglaterra aquello de que *the King can do no wrong*¹², en el sentido de que *habiendo sido designado el monarca por la gracia de la divinidad, era imposible que sus designios fueran malos. A pesar de ello, la Ilustración y su liberalismo introducen de repente la idea de que incluso el soberano, si llegase a hacer ese mal, podría acabar siendo juzgado de forma desfavorable a esos designios suyos nada menos que por el pueblo*¹³, como veremos después que sucedió en Inglaterra 1649 y acabó sucediendo en Francia entre 1792 y 1793. Y esa es justamente la nueva realidad que ilustra la leyenda del molinero de Potsdam, que puede situarse en esa misma época, hacia 1744-1745, momento en que se planifica la construcción del palacio de Sanssouci¹⁴. Toda una revolución jurídica y política que alumbraba esa noción moderna de la independencia en la teoría de la separación de poderes y que, además, como se ha visto, hace depender esa independencia, y esto es muy importante, del poder del pueblo. En el siguiente epígrafe se abordará esta interesante historia con más detalle.

Pero volviendo a la cuestión de la independencia y la imparcialidad, debe repetirse que ambas buscan la ya aludida neutralidad, lo que no es sino la autonomía psicológica del juez en la toma de sus decisiones, de manera que no sienta emociones¹⁵ que le influyan a la hora de juzgar de una manera tan sumamente intensa, que le aparten de una objetiva valoración de la prueba y de una correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos averiguados. Es irreal pensar que un ser humano no experimenta emociones en cualquier momento. La importante es que no sean tan poderosas como para quebrar su juicio en el sentido indicado.

Esas emociones perturbadoras, desde luego, pueden venir de varios orígenes. Sucede que estudiándolas se llega a la conclusión de que lo que se intenta evitar es que el juez juzgue siendo víctima de las mismas. Pueden provenir de su fuero interno, como las que se originan cuando está implicado en el proceso alguien con quien tiene buena o mala relación, o un asunto que le importa o

11. Thiébault de Laveaux, *Vie de Frederic II, Roi de Prusse*, cit. p. 308.

12. Frase popular recogida, entre otros, por Blackstone, *W. Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, London 1783 p. 246, y que se remonta, como ha quedado dicho, al siglo XIII de Bracton: «Nihil enim aliud potest rex in terries, cum sit Dei minister & vicarius, nisi id solu q de iure potest, nec obstat q dicitur, q principi placet... » Bracton, H., *De legibus et consuetudinibus Angliae*, vol. 2, Longman 1879, p. 172.

13. Nuevamente, Locke, J., *Two treatises on government*, cit. §.241.

14. AAVV (Otto. R. ed.), *Schloss Sanssouci*, Berlin 1996, p. 14.

15. González Lagier, D., *Emociones sin sentimentalismo*, Lima 2020, pp. 57 y ss.

hasta perturba, incluso ideológicamente. Esas alteraciones del ánimo judicial son las que habían constituido el estudio clásico de la imparcialidad, es decir, el simple afecto u odio por lo juzgado o por las partes. Pero añadiéndose a ese descripción el contenido designado como «independencia», lo que sucede es que se pretende —de entrada— evitar que el juez juzgue siendo presa de los poderes que en el pasado le habían gobernado, fundamentalmente el poder ejecutivo, poder que siempre había estado directamente en manos de los reyes y que incluso se les reservaba en los primeros compases del liberalismo¹⁶. La justicia, aunque era algo que podían ejercer por sí mismos, como originariamente había sido en el mundo egipcio¹⁷, era habitualmente delegada en jueces al ser imposible que el soberano se encargara de resolver todos los conflictos¹⁸.

Esa influencia del poder ejecutivo puede provocar afecto u odio en el juzgador, pero también miedo, igual que los poderes económicos o políticos más variados, que hasta pueden ser parte en el proceso, momento en que independencia e imparcialidad son evidentemente idénticas. De ese modo, la independencia acaba consistiendo intrínsecamente también una cuestión de emociones que en su esencia no se distinguen de las concernidas al abordar la imparcialidad, lo que hace que el contenido del estudio sea exactamente el mismo, aunque se haya solidado estudiar, como ya se ha dicho, de modo diferenciado.

Incluso situando el estudio desde la perspectiva de los heurísticos del pensamiento, el resultado es exactamente el mismo. Un juez se deja influir por el parecer de sus colegas, no ya a través de la jurisprudencia, que es la única vía legítima reconocida por el ordenamiento, sino tratando de evitar enfrentamientos con sus colegas de trabajo, que ni siquiera siempre son jueces. Se intenta constantemente evitar desencuentros con los compañeros de tribunal, con los fiscales y hasta con los policías, dejándose llevar por la corriente mayoritaria, como cualquier otra persona en cualquier otro colectivo diferente, haciendo así un uso intenso del llamado heurístico de representatividad¹⁹, que supone creer correcto aquello que se recuerda como estadísticamente más plausible. Sigue sucediendo con el heurístico de accesibilidad²⁰, cuando un juez

16. Montesquieu, Barón de, (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, reed. de la ed. de Paris 1748, Paris 1979, Lib. XI, cap. VI, p. 299.

17. Lichtheim, M., *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, Freiburg (Suiza) 1992., p. 17.

18. Wallis Budge, E.A., *The Book of the Dead. The Papyrus of Ani in the British Museum*, London 1895, p. 194. Vid. la influencia de este texto egipcio sobre la cultura hebrea en Éxodo, 18, 13-27.

19. Kahneman, D. / Tversky, A., *Subjective probability: A judgment of representativeness*, en: «Kahneman / Slovic / Tversky (ed.), Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. Cambridge 1982, pp. 33 y ss.

20. Tversky, A. / Kahneman, D., *Availability: A heuristic for judging frequency and probability*, en: «Kahneman / Slovic / Tversky (ed.), Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. Cambridge 1982, pp. 163 y ss.

decide recordando aquella experiencia que le impactó más en el pasado, tratando de que no se vuelva a producir un resultado desgraciado que provocó una decisión suya que, por demás, podía ser correcta, ignorando además que eso no hace correctas las sentencias futuras. Ocurre constantemente con las resoluciones sobre medidas cautelares en las que el riesgo que se intentaba conjurar, finalmente se materializó.

También sucede lo mismo cuando el juez se forma una opinión en un primer examen superficial de un litigio, lo cual hace que *a posteriori* le cueste horrores cambiar de opinión, porque le supone un esfuerzo cognitivo superior. Es el heurístico de anclaje y ajuste²¹, que desde luego también quiebra la neutralidad que se espera del juzgador en todo momento del proceso, no sólo en sus inicios. Y por último, también influye en el juez su entorno personal, el de su vida privada, con el que puede comentar casos, haciendo así que las personas de ese círculo de íntimos le traslade todos sus prejuicios desinformados. Es el heurístico de afición²².

Por supuesto, no hace falta ni hablar de las emociones que provocan en el juez las expectativas de ascenso que tenga y que dependen de personas que pueden influirle activamente en sus juicios. Qué decir de la opinión publicada en los medios de comunicación²³, en las redes sociales —y sus posibles campañas de desinformación²⁴— en las que decida participar sin la debida prudencia, o bien que, como ya se mencionó, sus opiniones políticas²⁵ le hagan quebrar, de nuevo, su neutralidad.

Con todo ello se evidencia, no sólo que el estudio de la independencia y de la imparcialidad son idénticos, sino que su análisis profundo, hasta sus últimas

21. Furnham, A. / Chu Boo, H., «A literature review of the anchoring effect», *The Journal of Socio-Economics*, vol 40, 1, Feb. 2011, pp. 35 y ss.

22. Finucane, M.L. / Alhakami, A. / Slovic, P. / Johnson, S.M., «The Affect Heuristic in Judgment of Risks and Benefits», *Journal of Behavioral Decision Making* 13 (1), Enero 2000, pp. 1 y ss. Slovic, P. / Finucane, M. / Peters, E. / Macgregor, D., «Risk as Analysis and Risk as Feelings: Some Thoughts about Affect, Reason, Risk, and Rationality», *Risk Analysis* 24 (2), 13-4-2004, pp. 311 y ss.

23. Shepherd, J. / Kang, M. S., *Skewed Justice: Citizens United*, «Television Advertising and State Supreme Court Justices' Decisions in Criminal Cases», <http://skewedjustice.org>. Ortego Pérez, F., «De los delitos, de ciertas «penas»... y de algunas instrucciones (La justicia penal en los medios de comunicación)», *Diario La Ley*, n. 7346, 19-2-2010. Nieva Fenoll, «Los «juicios paralelos»: su complejo encaje constitucional», en AAVV (dir. Mir Puig / Corcoy Bidasolo), *Protección penal de la libertad de expresión e información*, Valencia 2012, pp. 219 y ss.

24. Baños, P., *Así se domina el mundo*, Barcelona 2017, pp. 266 y ss.

25. Epstein, L. et al., «The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases», 80 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 109-10, 2005. Staudt, N., *The Judicial Power Of The Purse: How Courts Fund National Defense In Times Of Crisis*, 2011. Vid. Sobre el tema Howell, W. G. / Ahmed, Faisal Z., «Voting for the President: The Supreme Court During War», 30 *J.L. Econ. & Org.* 39, 68, 2014.

consecuencias, todavía es demasiado fragmentario y puede que esté pendiente abordarlo con visión de conjunto. Tal vez en el futuro sea mejor incluso prescindir de la tradicional categoría del juez independiente e imparcial en beneficio del «derecho al juez neutral», por ser esta noción, al menos terminológicamente, más omnicomprensiva. Y desde luego mucho más expresa de lo que quiere significar.

3. De la dependencia originaria a la moderna independencia del siglo XVIII

Como ya se ha comentado, los jueces históricamente jamás fueron independientes, simplemente porque no existía la división de poderes y esa independencia constituía un imposible político²⁶. Así se evidencia en uno de los más antiguos textos medievales al respecto, que además posee un valor fundamental porque es el mismo que inauguró el actual proceso del principio dispositivo, también llamado *adversarial system* en los modelos del *Common Law*, y que es la principal guía del proceso civil europeo continental, e incluso en parte del penal bajo el disfraz del «sistema acusatorio».

Ese texto es la Glosa de Azón²⁷ al *Corpus Iuris Civilis* que se remonta al siglo XIII, con algún antecedente romano muy controvertido²⁸. El autor advierte al juez superior de que no se entrometa en la jurisdicción del inferior, lo que es ya una evidente alusión a la independencia judicial, aunque todavía lejos de la noción más moderna del concepto. Justo después de ese pasaje viene el mucho más conocido en el que Azón expresó la idea de que el juez debía juzgar *secundum allegata et probata (partium)*²⁹, que es el brocado fundamental —

26. Un eficaz resumen de la evolución histórica puede encontrarse en Molina Galicia, R., «Gobierno judicial y áreas de tensión con otros poderes del Estado», en Nieve Fenoll; Oteiza (eds.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Madrid 2018, pp. 101 y ss.

27. Azzone (o Azo o Azón), *Brocardica (aurea). sive generalia iuris*, Basilea 1567, rúbrica XX, pp. 235-236: «*Maior iudex de his quae ad sui subditi iurisdictionem spectant, se intromittere non debet: nisi negligens fuerit, vel aliqui ante eum appellatius.*»

28. Vid. Aliste Santos, «[La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal](#)», *Actualidad civil*, n.º 9, 2012, pp. 940-941.

29. Azzone, *Brocardica (aurea)*, cit. rúbrica XX, p. 237: *Iudex debet ex conscientia iudicare, & econtrà.] Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. I.2.&ff. Si fer. vend. 1 surreptionem. & de minor. 25. anno. I. minor. Quid miri? nonne sert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica.*

condensado por Durante ya más adelantado el siglo XIII³⁰— en el que se basa el principio dispositivo, y que de ese modo concibe a un juez inactivo, al margen de los litigantes, árbitro silente de la batalla procesal entre las partes, que se convierten así en las dueñas del pleito. Ese es el juez que desearon los juristas de la Edad Media, fundamentalmente porque pertenecían a una incipiente burguesía que llevaba sus conflictos comerciales a los tribunales, y que era evidentemente ajena y recelosa a la nobleza de la que procedían los nombramientos de los jueces. Simplemente querían un juez atado de pies y manos como mecanismo para cortocircuitar la dependencia del poder político de los soberanos, que lógicamente podía influir en su actividad comercial³¹.

El sistema funcionó a trancas y barrancas en realidad, pero se impuso por la fuerza de la tradición con el devenir de los siglos, llegando hasta nuestros días en una situación socioeconómica completamente diferente a la del siglo XIII, cosa que debería suscitar una profunda reflexión en el procesalismo, por cierto, de la que ya están habiendo destellos desde finales del siglo XIX³², aunque no acaban de cristalizar.

Pero, como digo, ese sistema dispositivo del siglo XIII, aunque perseguía convertir al juez en un auténtico convidado de piedra, no funcionó sin contratiempos. Los siglos XVI y sobre todo XVII ingleses son un ejemplo frecuente de las luchas de poder del rey y su entorno de gobierno más cercano, utilizando a los jueces en trifulcas políticas y económicas, aprovechando la dependencia de los juzgadores, claro está. Esa dependencia de los jueces con respecto al poder político era idéntica en todas partes, al no existir, insisto, la división de poderes, pero tal vez en Inglaterra se produjo de una manera peculiar que excitó más las conciencias jurídicas que en otros lugares. La razón puede ser que ancestral-

30. Durandus, *Speculum iuris*, cit. Parte II, *De Sententia*, § 5, 1. pp. 784-785: «Qualiter aut sententia sit promulganda, clarius explicemus. Et quidem iudex ante omnia debet diligenter cuncta, quae fuerunt in iudicio acta discutere, et cum peritis deliberare, ut s. de requis, cos. in prin. et in si. postmodum partes citandae sunt ad sententiam audiendam, ut extr. de testi. cum olim. in si. aliter non valeret sententia, ut s. de citat. §. viso ver. aliter autem. Deinde est ferenda sententia, iudice sedente pro tribunal in loco consueto, vel alias honesto, utraque parte praesente, vel altera contumaciter absente: (quia contumacia tunc eam pro praesente habebet) sententia prius in scripti redacta, et correcta, sacrif et coram se positis, sciat iudex, quia non minus iudicabit, quam iudicet hoc probatur per ordinem 2. q. 3. § notandum versi abolito et 3.q.3. § spaciun ver. a procedente. C. de iudi. properandum et l. rem non novam. C. quomodo et quando iud. ea quae exc. de dolo et contu. veritatis ext. de iur. venientes. Et j. eo.ti. §. iuxta. ver.item non valet et per totum. 1 Item debet ferri secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam, ut 3.q.7. iudicet ff. de offi. iud. or.si sacerdos 2 et de off. de leg. pastoralis...»

31. Lo explico en Nieve Fenoll, J., «La actuación de oficio del juez nacional europeo», *Diario La Ley*, n. 9.000, 2017.

32. Vid. Endemann, W., *Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse*, AcP nº 41, 1858, p. 324 y ss. Wach, A., *Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft vol. 14 1872, pp. 331 y ss. Von Canstein, R. F., *Die Grundlagen des Beweisrechts*, ZZP nº 2, 1880, p. 351.

mente, parece que los ingleses poseían una especie de justicia comunal, probablemente mezcla de las costumbres romanas y de los pueblos germánicos invasores³³, pero que se habría asentado en las conciencias y que, de hecho, convertía a la justicia en virtualmente independiente de los soberanos al tener una base popular que se confirma poco después, en la *Carta Magna Libertatum* de 1215, con la institución del jurado como lo conocemos hoy en día, y que en aquella época pudo significar la lucha por volver a algo más cercano a esa ancestral justicia popular inglesa. Y es que había sucedido que sólo después de la conquista del rey Guillermo I en 1066 y el consiguiente cambio de dinastía, habría ido el rey poco a poco ocupando espacios de poder, también el judicial³⁴ y no sin esfuerzo. De hecho, está demostrado que la creación de la *Court of Chancery*³⁵, actuando como tribunal de equidad, respondía precisamente a esa finalidad regia de poder crear Derecho —disfrazado, según el ejemplo griego³⁶, bajo la categoría de equidad— a través del nuevo tribunal, escapando así del antiguo Derecho tradicional, origen —controvertido— del *Common Law*.

Pese a ello, la convicción de lo evidente, es decir, que el rey ostentaba el poder sobre los jueces, no cambió hasta que varios casos escandalosos fueron persuadiendo a las mentes de la época de la necesidad de privar definitivamente al monarca de ese poder de juzgar. Dicho de otro modo, se determinaron a alejar al poder judicial del poder ejecutivo ostentado por el rey, reclamando así la independencia de los jueces con respecto al soberano. Esa realidad de la época, muy concreta además, es posible que fuera la primera expresión moderna de la independencia judicial. Luego se ha ido completando de la manera algo fragmentaria y en parte mítica que la conocemos hoy en día.

Puede que uno de los casos más antiguos en que se manifestó esa necesidad de aislar a los jueces del poder político fuera el de Richard Strode, diputado de la *House of Commons* que en 1512 fue hecho preso para evitar que pudiera votar una ley que mejoraba las condiciones de trabajo de los mineros. Ese caso de auténtico *lawfare* fue el que propició precisamente la *Privilege of Parlia-*

33. Vid. Macnair, M., «Vicinage and the Antecedents of the Jury», *Law and History Review*, 17, 1999, p. 537. Brunner, H., *Die Entstehung der Schwurgerichte*, Berlin 1872, Van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, Selden Society, vol. 77, 1959, pp. 57 y ss. Turner, *The origins of the medieval english Jury: Frankish, English or Scandinavian?*, *Journal of British Studies*, 7, n. 2, 1968, pp. 1 y ss. Dawson, J. P., *A History of Lay Judges*, Cambridge 1960. Taruffo, M., *La semplice verità*, cit. pp. 19 y ss.

34. Baker, J.H., *An Introduction to English Legal History*, New York 2007, p. 9.

35. Basset, W.W., «Canon Law and the Common Law», *Hastings Law Journal*, vol. 29, 6, 1-1978, p. 1406. Marsh, A. H., *History of the Court of Chancery and of the rise and development of the doctrines of equity*, Toronto 1890, p. 16.

36. Aristóteles, *Retórica*, Madrid (Alianza ed.) 2004, cap. XIII, 1374b, p. 126.

ment Act del mismo año citado, que es el origen de la actual inmunidad parlamentaria.

Sin embargo, los casos más graves, y que fueron probablemente los que inspiraron a John Locke³⁷ —y partiendo de su obra, a Montesquieu³⁸ y a Rousseau³⁹—, llegaron durante el reinado de Charles I (1625-1649) y también de James II (1685-1688). Se enumerarán sólo algunos de ellos.

Uno de los más sonados acaeció con la prisión de John Eliot —miembro del parlamento—, ordenada por el rey repetidamente de 1624 a 1629, no sólo por razones de religión, sino también por oponerse a la creación de nuevos impuestos, así como por denunciar la corrupción de los ministros del rey. Esa prisión arbitraria en la Torre de Londres era dictada por los jueces, naturalmente, que hasta le llegaron a negar la inmunidad parlamentaria de manera ilegítima, alegando que el precedente del asunto Strode de 1512, antes citado, era sólo un caso particular⁴⁰. En realidad, el litigio se enmarcaba en una guerra abierta del rey contra su parlamento que, aunque no era inédita, cobró tintes dramáticos durante este reinado.

El siguiente caso tristemente célebre, contemporáneo al anterior, fue el «*Five Knights' Case*» (1627)⁴¹, también llamado *Darnell's Case*⁴², en el que otro tribunal, el *Court of King's Bench*, reconoció la prerrogativa real de ordenar la prisión sin previo enjuiciamiento y hasta sin cargos, afirmando que algunos delitos eran demasiado graves como para ser debatidos públicamente. Sobran los comentarios. El escándalo, entre otras razones, acabó forzando al rey a aceptar en 1628 la llamada *Petition of Right*, que fue una ley votada por ambas cámaras bajo esa original forma parlamentaria —*petition*— que eludía las trabas del monarca, y que dispuso la obligatoriedad de que los impuestos vinieran precedidos por una ley del parlamento, la prohibición de la prisión sin cargos y la inviolabilidad del

37. Locke, *Two treatises on government*, cit. §§.241 y 242.

38. Montesquieu, Barón de, (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, reed. de la ed. de Paris 1748, Paris 1979, Lib. XI, cap. VI, p. 299.

39. Rousseau, J.-J., *El contrato social* (Trad. de Azcoaga), Madrid 1985, al respecto (cap. V, Libro IV), p. 199. «*El tribunado (...) no debe tener participación alguna en el poder legislativo ni en el ejecutivo, pues en ello estriba en que el suyo sea el mayor, ya que, no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo*»... «*por poca fuerza que tenga de más, puede trastornarlo todo*»... «*Degenera en tiranía cuando usurpa el poder ejecutivo, del cual es sólo moderador, y quiere disponer de las leyes que debe proteger*»... «*El tribunado, como el gobierno, se debilita por la proliferación de sus miembros*»... «*El mejor medio para evitar las usurpaciones de tan temible cuerpo, medio que ningún gobierno ha descubierto todavía, sería el de no hacerlo permanente, regulando los intervalos durante los cuales se le debe suprimir*», etc.

40. R. v. Eliot, Hollis and Valentine (1629).

41. *Five Knights' case* (1627) 3 How St Tr 1.

42. Hart, J.S., *The Rule of Law*, 1603-1660. Crowns, Courts and Judges, London 2014, pp. 122 y ss.

domicilio, reclamada por el histórico jurista que tuvo la idea de formular la *petition*: Edward Coke⁴³. La *Petition of Right* es actualmente uno de los principales textos constitucionales del sistema británico⁴⁴.

Pero no quedaron ahí las cosas. Ya en 1641 tuvo lugar el proceso contra Thomas Wentworth, el primer Conde de Strafford⁴⁵. Aunque el origen del caso era una lucha parlamentaria contra un impuesto real, lo cierto es que el rey, pese a estar agradecido por otros servicios del reo, no evitó su condena a muerte dictada por el propio parlamento, que acababa de ganar una mayoría —efímeramente— favorable al monarca. Se entiende que el rey decidió al final intentar lograr la supervivencia política de la monarquía, en vano, como se vería años después.

Y esa fue la dinámica que marcó todo su reinado en este sentido: un intento continuado del monarca de utilizar políticamente la justicia en su favor para salvarse a sí mismo, lo que debilitó la confianza de la gente, no ya en la justicia, sino en las instituciones en general⁴⁶. Ya en el marco de la primera guerra civil, en 1642 Charles I intentó cerrar el parlamento ordenando a su fiscal general imputar por traición a cinco miembros de la *House of Commons*, lo que fue en vano, dado que perdió la primera guerra civil en 1646, la segunda en 1648 y ya su propia cabeza en 1649. Durante el proceso que acabó condenando a Charles I, el rey se negó a reconocer la jurisdicción del tribunal —constituido en el parlamento⁴⁷—, puesto que, alegaba, un monarca no podía ser juzgado, a lo que se le respondió con un curioso y truculento pasaje bíblico de los Números⁴⁸. De hecho, lo que subyacía en esa soberbia afirmación del rey es que la justicia le pertenecía, es decir, que la justicia era él mismo. Toda una provocación para las mentes científicas —pronto empiristas— de la época que, precisamente para salir de ese modelo ancestral⁴⁹, acabaron desarrollando décadas después el concepto de independencia judicial.

43. Coke, E., *The Institutes of the Laws of England*, 1628, Third Part, cap. 73.

44. Su texto es fácilmente localizable, pero puede hallarse en: <https://teachingamericanhistory.org/document/petition-of-right/>

45. Cooper, E., *The life of Thomas Wentworth, Earl of Strafford*, London 1874, pp. 318 y ss.

46. Vid. Jones, D.L., «The Judicial Role of the House of Lords before 1870», en AAVV (Blom-Cooper, Dickson y Drewry eds.), *The Judicial House of Lords, 1876-2009*, Oxford 2009, pp. 5 y ss.

47. 6. January 1649: An Act of the Commons of England Assembled in Parliament, for Erecting of a High Court of Justice, for the Trying and Judging of Charles Stuart, King of England. <https://www.british-history.ac.uk/no-series/acts-ordinances-interregnum/pp1253-1255>.

48. Números, 35, 33: «...la tierra no será expiada de la sangre que fue derramada en ella, sino por la sangre del que la derramó».

49. Vid. Nieve Fenoll, *El origen de la justicia*, Valencia 2023, pp. 218 y ss.

Años más tarde, discurrió por un camino parecido el breve reinado de James II (1685-1688), último monarca de la dinastía Estuardo. En 1686 (asunto *Godden v. Hales*⁵⁰) consiguió el soberano un pronunciamiento a favor de su poder de prescindir de las leyes del parlamento, sustituyendo nada menos que a seis de los doce jueces del *Court of King's Bench*, el tribunal que debía juzgar esa prerrogativa⁵¹.

El último caso de esta sucesión de despropósitos utilizando a los jueces sobrevino cuando en 1688, con ocasión del enésimo conflicto religioso, el monarca ordenó el inicio de un proceso por sedición contra los siete obispos de la Iglesia de Inglaterra⁵², siendo detenidos días antes del proceso y juzgados en la misma *Court of King's Bench*. El tribunal, inesperadamente —estaba integrado por jueces leales al rey—, les absolvió el 30 de junio del citado año. El caso fue clave para que James II fuera despojado de la corona pocos meses después, y constituye el antecedente de otro de los textos constitucionales más importantes del Reino Unido: la *Bill of Rights* de 1689, que sin duda intentó reforzar la independencia judicial o, más precisamente, la independencia de los jueces con respecto al rey, así como algo esencial para reafirmar dicha independencia: la obediencia incondicional de los jueces⁵³, y del propio rey, a las leyes del parlamento⁵⁴. De hecho, posteriormente siguió habiendo tensiones entre el rey y el Parlamento, como la acaecida en 1831 con William IV⁵⁵, pero ya con otro cariz.

4. La actual noción de independencia judicial en Reino Unido y EEUU: sus rasgos fundamentales

Con estos antecedentes, no es de extrañar que la Constitución de los EEUU (1789), diseñara un Estado basado en la división de poderes, y que en su art. III dispusiera un poder judicial independiente que cumpliera las leyes y que

50. *Godden v Hales* (1686) 11 St Tr 1166.

51. Sobre el caso, Rose, J., *Godly Kingship in Restoration England: The Politics of The Royal Supremacy, 1660-1688*. Cambridge 2011, pp. 89 y ss. Dixon, D., «*Godden v Hales revisited – James II and the dispensing power*», *The Journal of Legal History* 27(2), August 2006, pp. 129 y ss.

52. Gibson, W., *James II and the Trial of the Seven Bishops*, Springer 2009. Glassey, L.K.J., «*In Search of the Mot Juste: Characterizations of the Revolution of 1688-9*», en Harris, Tim; Taylor, Stephen, eds.. *The Final Crisis of the Stuart Monarchy*, Woodbridge 2015, pp. 1 y ss. Strickland, A., *The Lives of the Seven Bishops Committed to the Tower in 1688*, London 1866.

53. Insiste en ella Andrés Ibáñez, P., *El tercero en discordia*, Madrid 2015, p. 158.

54. Entre otros pasajes de la *Bill of Rights* particularmente evidentes: «*That the pretended power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal; That the pretended power of dispensing with laws or the execution of laws by regal authority, as it hath been assumed and exercised of late, is illegal;*»

55. Vid. el panfleto anónimo *The King Can Do No Wrong*, London 1832, que es fácilmente localizable en Google Books.

fuerá culminado por un Tribunal Supremo cuyos miembros fueran elegidos por el presidente, cargo temporal de elección directa, con el consentimiento del Senado, es decir, de la cámara alta⁵⁶, pudiendo ser esos jueces procesados por el mismo Senado⁵⁷. De hecho, la propia Declaración de Independencia de 1776 se refirió al tema de la independencia judicial de manera particularmente directa, acusando al rey de haberla quebrantado⁵⁸. El resultado final, que hace depender a los jueces, en última instancia, del parlamento, tal vez no sea del todo satisfactorio, porque acaba favoreciendo su evidente politización que, de hecho, no se esconde en EEUU, al margen de que cada juzgador sea más o menos entusiasta en la defensa del partido que le promovió para alcanzar la judicatura a través de sistemas más o menos indirectos de nominación, basados tendencialmente en la meritocracia, pero no sin contratiempos⁵⁹. Esa imagen pública, sin duda, es relevante para la percepción de la independencia, y ahora mismo no pasa por su mejor momento en EEUU⁶⁰. Se vuelve a ver a los jueces —al menos a algunos—, no como órganos independientes, sino —igual que en el siglo XVII inglés— como herramientas de la política, a lo que en no pocas ocasiones se prestan ellos mismos. Este resultado es, evidentemente, un desastre, y sobran ejemplos muy recientes de su realidad. No hay más que pensar en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022)⁶¹ o en *Trump v. Anderson* (2024)⁶².

También en el Reino Unido se fue desarrollando esta idea de la independencia judicial, aunque tal vez con más éxito al final del día, siendo considerada desde antiguo una característica clave del sistema, y expresamente desde la *Constitutional Reform Act* de 2005⁶³. Todo empezó con la *Bill of Rights* de 1689, que empezando por recordar los crímenes del rey utilizando políticamente a los

56. Art. II Sección 2.

57. Art. I, Sección 3, art. II, Sección 4.

58. «*He has obstructed the Administration of Justice, by refusing his Assent to Laws for establishing Judiciary powers*», «*He has made Judges dependent on his Will alone, for the tenure of their offices, and the amount and payment of their salaries*».

59. Wilets, J.; Garcia, T.; Rodriguez, S., «A Critique of the Judicial Appointment Process and the Rule of Law in the United States: A Comparative Perspective», *Nova Law Review*, vol. 46, 2022, pp. 213-214.

60. Strong, S. I., «Judging Judicial Appointment Procedures.» *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 53, n. 2, marzo 2020, pp. 615 y ss. Wilets, J.; Garcia, T.; Rodriguez, S., «A Critique of the Judicial Appointment Process and the Rule of Law in the United States: A Comparative Perspective», cit. pp. 204 y ss. Rakove, J. N., «The Original Justifications for Judicial Independence.» *Georgetown Law Journal*, vol. 95, n. 4, April 2007, pp. 1061 y ss.

61. N. 19-1392, 597 U.S. 215 (2022).

62. N. 23-719, 601 U.S. (2024).

63. Woodhouse, D, «The Constitutional Reform Act 2005—defending judicial independence in the English way», *Journal of Constitutional Law*, 5, no. 1, enero 2007, p. 153.

jueces⁶⁴, comenzó a suprimir su poder de crear tribunales sin el consentimiento del parlamento⁶⁵, idea que se confirmó ya mucho más directamente en la *Act of Settlement* de 1701 —otro de los textos fundamentales de la nunca codificada Constitución británica—, que añadió la incapacidad del rey de cesarlos sin el consentimiento de ambas cámaras del parlamento⁶⁶. Ese fue el modelo copiado en parte, como se acaba de ver, en EEUU, y constituye el primer precedente de uno de los derechos que principalmente garantizan la independencia judicial: el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Sin embargo, al haber separado a la justicia, no ya del poder del rey, sino del resto de poderes, posteriormente se fue más allá de estas bases, en el sentido de hacer que los jueces fueran los depositarios del poder de establecer las fronteras entre los actos del poder ejecutivo y del poder legislativo, con el fin de que no las ultrapasen, lo que evidentemente constitúa una idea novedosa. Para posibilitar esa nueva función resulta fundamental, como se dijo más arriba, la neutralidad de los jueces, puesto que mal puede actuar de manera independiente quien se deja influir por las circunstancias indicadas en el segundo epígrafe de este estudio.

Sin embargo, con ello se situó a los jueces en el centro del sistema jurídico. La cuestión se planteó, tal vez por primera vez, en el *Dr. Bonham's Case* de 1610⁶⁷ declarando los jueces —a iniciativa de Edward Coke— la incompatibilidad de una ley del parlamento con el *Common Law*⁶⁸. Sin embargo, aproximadamente

64. «Whereas the late King James the Second, by the assistance of divers evil counsellors, judges and ministers employed by him, did endeavour to subvert and extirpate the Protestant religion and the laws and liberties of this kingdom;»

65. «That the commission for erecting the late Court of Commissioners for Ecclesiastical Causes, and all other commissions and courts of like nature, are illegal and pernicious;» «...according to the resolution and desire of the said Lords and Commons contained in the said declaration. And thereupon their Majesties were pleased that the said Lords Spiritual and Temporal and Commons, being the two Houses of Parliament, should continue to sit, and with their Majesties' royal concurrence make effectual provision for the settlement of the religion, laws and liberties of this kingdom, so that the same for the future might not be in danger again of being subverted, to which the said Lords Spiritual and Temporal and Commons did agree, and proceed to act accordingly.»

66. «And whereas it is requisite and necessary that some further provision be made for securing our religion, laws and liberties, from after the death of his Majesty and the princess Anne of Denmark, and in default of issue of the body of the said princess, and of his Majesty respectively; be enacted by the King's most excellent majesty, by and with the advice and consent of the lords spiritual and temporal, and commons, in parliament assembled, and by the authority of the same.» «That no person who has an office or place of profit under the King, or receives a person from the crown, shall be capable of serving as a member of the house of commons. That after the said limitation take effect as aforesaid, judges commissions be made quandiu se bene gesserint, and their salaries ascertained and established; but upon the address of both bodies of parliament it may be lawful to remove them».

67. Thomas Bonham v College of Physicians.

68. Coke, E., *Selected Writings of Sir Edward Coke*, Indianapolis 2003, vol. I, p. 838: «...one cannot be Judge and Attorney for any of the parties, Dyer 3 E. 6. 65. 38 E. 3. 15. 8 H. 6. 19b. 20a. 21 E. 4. 47a. &c. And it

un siglo y medio más tarde, en sentido frontalmente contrario *Blackstone* afirmó el poder soberano del parlamento por encima de cualquier otro en la Tierra⁶⁹, lo que evidentemente suprimía el control del poder judicial sobre los actos del parlamento, debiendo los jueces simplemente cumplir con su voluntad. Pero el debate se acabó desbordando poco después en EEUU, ya en el siglo XIX, en *Marbury v. Madison* (1803), asumiéndose que el Tribunal Supremo —es decir, el poder judicial— podía anular las leyes contrarias a la Constitución. Es decir, volviendo a la conclusión —tal vez algo oportunista analizando ambos casos— de Edward Coke de 1610.

En el Reino Unido, se trató de garantizar la independencia a través del histórico *Lord Chancellor*, figura que estuvo a medio camino entre lo ejecutivo, lo judicial y hasta lo legislativo. Actualmente se trata de un ministro del gobierno⁷⁰ de designación real a propuesta del primer ministro, que antes de la *Constitutional Reform Act 2005* presidía la *House of Lords*, y que hoy cumple funciones de ministro de justicia, denominación que adoptó en 2007. Se encarga de los nombramientos de jueces, hoy a propuesta de la *Judicial Appointments Commission*, de composición muy plural⁷¹, precisamente con la finalidad de garantizar su neutralidad, aunque no sin acusaciones de influencia gubernamental⁷².

Situar al poder judicial como árbitro del poder ejecutivo y legislativo posee evidentes riesgos⁷³. Como se verá en el último epígrafe, amenaza con otorgar al cuerpo de jueces una excesiva autonomía que le haga caer en la autocracia, lo que le arrastra al conservadurismo y a la endogamia para mantener ese poder en manos de los mismos que ya lo integran, así como a responder solamente ante sí mismo, lo que acaba deviniendo un contrasentido al generar una autocracia contraria a la propia base teórica de los *checks and balances*, sólo prevenible a través de la regularidad de los procedimientos de nombramiento

appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void».

69. «An act of parliament, thus made, is the exercise of the highest authority that this kingdom acknowledges upon earth.». Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, L. I, Oxford 1765, p. 178

70. Woodhouse, «The Constitutional Reform Act 2005—defending judicial independence in the English way», *cit.* p. 154.

71. Vid. The Judicial Appointments Commission Regulations 2013, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/2191/made>, así como la Crime and Courts Act 2013, 20.

72. Cfr. Delaney, E., «Searching for constitutional meaning in institutional design: The debate over judicial appointments in the United Kingdom», *International Journal of Constitutional Law*, 2016, Vol. 14, n. 3, pp. 752 y ss.

73. Vid. Hyre, J., «The United Kingdom's Declaration of Judicial Independence: Creating a Supreme Court to Secure Individual Rights under the Human Rights Act of 1998.» *Fordham Law Review*, vol. 73, n. 1, October 2004, pp. 423 y ss.

de los jueces y del seguimiento de la adecuación jurídica de sus resoluciones, lo que en absoluto es sencillo.

Es lógico, en consecuencia, que haga tiempo que se ha detectado en el Reino Unido un creciente papel político de su poder judicial⁷⁴, básicamente porque al poder participar en materias propias del debate político, es fuerte la tentación del juez de convertir su ideología personal en la interpretación suprema de la ley, o al menos dejarse influir por esa ideología, lo que provoca un desastre para la división de poderes. Que un juez tape la boca a un legislador no es sólo alterar la conocidísima frase original de Montesquieu. Significa que, al final, los países no se rigen por lo que dispone su parlamento y el gobierno que ese mismo parlamento elige, sino por lo que opina un juez que, además, a diferencia del modelo estadounidense original, ya no responde ante el parlamento, sino ante el propio poder judicial, y a veces incluso incomprendiblemente ante sus colegas más próximos, lo que le garantiza una perfecta impunidad siempre que consiga no crear enemigos entre sus propios compañeros. No es, ni mucho menos, una situación ideal, que reclama una reforma, en evitación de esa referida autocracia.

5. Contra la autocracia judicial y la manipulación política de los jueces

Expuesto brevemente el origen y desarrollo del concepto de la independencia allí donde primero se suscitó el debate, cabe sacar una conclusión obvia aunque esencial: la solución al problema no es fácil, aunque tampoco lo es la identificación del mismísimo problema. Dejando de lado el tema de los nombramientos y siguiendo la estela histórica, la discusión se ha planteado en términos de respeto por la división de poderes, en evitación de un retorno a las primitivas dictaduras absolutistas de los soberanos, auténtico totalitarismo puesto en práctica durante siglos o hasta milenios. Sin embargo, partiendo de esa base, que es esencialmente correcta por ser fiel a la realidad histórica, se ha acabado derivando hacia una especie de búsqueda mítica, no ya de la división de poderes, sino de una independencia judicial tan aséptica que puede que humanamente sea incluso imposible, por más buena voluntad que le pongan los juzgadores.

Tal vez haya que salir de este último marco mental. En nuestras democracias, no es que los parlamentos no legislen o que los gobiernos estén atados de pies

74. Woodhouse, «The Constitutional Reform Act 2005—defending judicial independence in the English way», *cit.* p. 154.

y manos porque se lo impida una irresistible fuerza superior, como fue antaño. Lo que sucede es que en algunas ocasiones puntuales, pero muy polémicas, o hasta escandalosas o disparatadas, los jueces revocan la obra de un parlamento o entorpecen la acción política de un gobierno. En los casos más graves, los jueces acaban persiguiendo penalmente, de manera injustificada, a miembros de ambos poderes, en una actitud de evidente *lawfare* que recuerda muy poderosamente a aquellas antiguas maniobras de Charles I en el siglo XVII, y que le costaron, no ya la corona, sino la vida. Al final, el móvil de esos déspotas siempre es el mismo: ejercer el poder sin limitaciones con finalidades económicas o ideológicas que pueden ser tan espurias como aquellos antiguos intentos de aquel monarca por crear nuevos impuestos o perseguir a ciudadanos por razón de su religión.

A estas alturas de nuestra evolución histórica, ya sabemos que el parlamento, por mucho que represente a la ciudadanía y lo dijera nada menos que Blackstone⁷⁵, no puede tener un poder absoluto. Que Hitler consiguiera aprobar en el *Reichstag* su *Ermächtigungsgesetz* de 24 de marzo de 1933, logrando así el suicidio del propio parlamento, es un poderoso aviso a navegantes de que no todo puede ser posible a través de una asamblea legislativa. De ahí —y de reflexiones anteriores— surgió la *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen justo un año después⁷⁶, reivindicando el papel protagónico de la normal fundamental como freno a semejantes actuaciones. Justo por eso disponemos en varios países europeos de Tribunales Constitucionales, particularmente en los que padecimos una dictadura.

Pero una vez dicho y reconocido lo anterior, no podemos permitir tampoco que los jueces decidan sobre cuestiones esencialmente ideológicas y que, desde luego, no alteran la arquitectura fundamental de un Estado amenazando, no ya con su destrucción, lo que es sumamente difícil y, de hecho, irreal, salvo que exista una posibilidad de invasión inminente. El peligro principal a evitar, y puede que el único peligro en realidad, es que el sistema político democrático no se transforme en una dictadura. Es decir, que deje de existir lo que en el ámbito del *Common Law* se llama *Rule of Law*. Eso es probablemente lo único que el poder judicial debería impedir que ocurriera. Pero sin desbordar jamás ese marco, que es sumamente estrecho porque excepcionales, por fortuna, son también las situaciones en que algo así sucede.

Habría que darse cuenta de que el Tribunal Supremo de los EEUU ha entrado en política reiteradamente demasiadas veces desde el desgraciado precedente

75. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, cit. p. 178

76. 1934, p. 67.

antes citado de *Marbury v. Madison* (1803) que, por cierto, resolvía el nombramiento de unos jueces por el presidente cesante. Que se haya pronunciado sobre cuestiones raciales, sobre el aborto o sobre el matrimonio homosexual, entre muchos otros temas, es algo que, por mucho que hayan podido gustar —a veces— sus pronunciamientos, no es propio de la función judicial, porque se trata de cuestiones profundamente ideológicas, o casi exclusivamente ideológicas, como lo demuestra el hecho de que la mayoría de ellas tienen un curioso trasfondo religioso, cuya detección debería servir para activar alertas en este sentido.

Para justificar la labor en este terreno de los tribunales, se ha puesto reiteradamente como excusa la defensa de los derechos fundamentales, y ciertamente el argumento es potentísimo. Pero por esa rendija se ha abierto un enorme boquete que ha permitido a los tribunales empezar a hacer política pura, revocando los actos de los parlamentos, no cuando intentan acercar el sistema político a una dictadura, sino simplemente cuando discrepan ideológicamente de esas leyes, poniendo como excusa la vulneración de un derecho fundamental. Los jueces, en esos casos, alejándose de todo método científico y basando, por tanto, sus conclusiones en pura y simple argumentación o, más bien, retórica, no persuaden a la comunidad a la que sirven, sino que sólo convencen a quien eventualmente comparte la ideología de los juzgadores que firmaron la sentencia, que se convierten así en una suerte de «legisladores» claramente aristocráticos, persuadidos de que su —a veces— autoatribuida excelencia jurídica les legitima para realizar este tipo de actuaciones que son, estas sí, peligrosísimas para la división de poderes.

Y es que con ello hacen política, con frecuencia defendiendo directamente los intereses personales de algunos sujetos influyentes, lo que ya es el colmo. Ya que, por razones psicológicas, es muy difícil, y volátil, que el poder judicial decida autolimitarse en su jurisprudencia, es posible que no hiciera ningún daño que se introdujera una norma en la Constitución que expresamente dispusiera lo siguiente: que los tribunales solamente pueden anular una ley en caso de vulneración frontal de la división de poderes, atribuyendo a un gobierno facultades legislativas, al propio parlamento facultades judiciales, o incluso a un tribunal posibilidades de creación de derecho equivalentes a una ley, que también son impropias cuando no solamente actualizan o integran inevitables lagunas de un acto normativo, sino que crean *ex novo* una norma que hubiera debido provenir, no de los jueces, sino del parlamento, o de la acción política del poder ejecutivo en cumplimiento de las leyes. En la historia existen sobradamente ejemplos funestos de todas estas situaciones.

En todo lo demás, los parlamentos debieran ser libres, puesto que el desarrollo de los derechos fundamentales, al final, depende de lo que los propios ciu-

danos, que son sus titulares, decidan por sí mismos hacer con ellos, al menos en una democracia. Una cosa es que los tribunales corrijan esas vulneraciones cuando provengan de jueces inferiores, lo que es legítimo y debido, y otra muy diferente pensar que una ciudadanía democráticamente formada, no se defenderá en las siguientes elecciones de una ley que menoscaba esos derechos, dejando de votar a quien la impulsó.

Por supuesto, se puede desconfiar de la ciudadanía con el manido argumento de hacerla víctima —responsable también— del populismo de los políticos, que les impide detectar sus trampas. Sin embargo, a pesar de todos los pesares, es un riesgo que hay que correr. Lo contrario sería volver a las democracias aristocráticas al estilo aristotélico, o incluso al sufragio censitario, o pensar que los jueces, por el solo hecho de serlo, poseen el mejor criterio sobre lo que es adecuado en una sociedad, lo que es expresivo de un elitismo inaceptable que, además, en no pocas ocasiones ni siquiera está respaldado por la realidad de esa supuesta sapiencia infinita. En el pasado fue el recelo de las élites hacia el pueblo lo que obstaculizó la democracia. No deberíamos caer, de nuevo y por otras vías, en el mismo error.

XV | La organización jurisdiccional y el gobierno de la judicatura en Alemania: visión panorámica y un breve ejercicio de comparación con el modelo español

Guillermo Ormazabal Sánchez
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Girona

SUMARIO. 1. CONSIDERACIONES GENERALES. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA DE JUSTICIA. 2. EL PODER JUDICIAL Y LOS ÓRGANOS JUDICIALES FEDERALES Y DE LOS LÄNDER. 2.1. LOS TRIBUNALES FEDERALES. 2.2. LOS TRIBUNALES DE LOS LÄNDER. 2.3. EL «PRÉSTAMO DE ÓRGANOS» (Organleihe) ENTRE TRIBUNALES FEDERALES Y LOS LÄNDER. 2.4. CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE ÓRGANOS JUDICIALES. 3. EL ESTATUTO PERSONAL DE LOS JUECES. 4. LA SELECCIÓN DE LOS JUECES DE LOS ESTADOS. 5. LOS ÓRGANOS DE AUTOGOBIERNO JUDICIAL EN EL MODELO ALEMÁN. 6. INTERVENCIÓN DEL EJECUTIVO FEDERAL Y DE LOS LÄNDER EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. 7. EL PERSONAL NO JUDICIAL AL SERVICIO DE LOS TRIBUNALES. 8. BREVE REFERENCIA A LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LOS LÄNDER. 9. RECAPITULACIÓN Y UN BREVE EJERCICIO COMPARATÍSTICO: CONSECUENCIAS DE UNA HIPOTÉTICA ASUNCIÓN DEL MODELO DE FEDERALISMO JUDICIAL ALEMÁN EN ESPAÑA. 10. BIBLIOGRAFÍA.

1. Consideraciones generales. La competencia legislativa en materia de justicia

Alemania se organiza políticamente como una República Federal. Como señala Zippelius, frente al Estado unitario, el modelo federativo de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante LFB) se caracteriza por constituir una unión de Estados en el que la propia entidad federativa resultante, el *Bund*, goza también de la cualidad de Estado, sin hacer desaparecer por dicho motivo la estatalidad no soberana de los Estados miembros (*Länder*)¹. En el modelo constitucional trazado por la LFB todos los cometidos y facultades derivadas de la soberanía

1. Cfr. R.ZIPPELIUS/T.WÜRTENBERGER, *Deutsches Staatsrecht*, 32^a edición, Editorial Beck, Múnich 2008, p.142, números márginales 2 a 6.

estatal se reparten entre los órganos federales y los de los *Länder* de modo que ninguno de ellos posea en plenitud su titularidad. Los órganos federales comparten con los de los *Länder* todos los cometidos y funciones que en un estado unitario se atribuirían a una única entidad o sujeto estatal, creando así el dualismo de centros de decisión (*Dualismus von Entscheidungszentren*) que caracteriza al federalismo frente al modelo de Estado unitario.

Como en otros Estados federales, el art. 30 LFB dispone que el ejercicio de las potestades públicas y el cumplimiento de las tareas estatales compete como norma general a los *Länder* a no ser que la LFB u otras normas dispongan cosa diferente². Incluso cuando las competencias legislativas se atribuyan a la Federación, serán también los *Länder*, según el art. 83 LFB, quienes asuman como cometido propio ejecutar las leyes federales salvo que la Ley Fundamental determine o permita otra cosa³, disposición que los faculta para regular la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo (art. 84 LFB). En otras ocasiones la ejecución de la legislación federal se lleva a cabo por delegación de la Federación (art. 85 LFB) o puede suceder también que ésta asuma directamente la función de ejecutar su propia legislación (art. 86 LFB).

En cualquier caso, también con carácter general, el modelo de distribución de cometidos entre los *Länder* y la Federación (*Bund*), se caracteriza por conferir a ésta el peso primordial en las tareas legislativas y por encomendar a los *Länder* los cometidos de carácter ejecutivo y de desarrollo de la legislación general, lo que no impide que gocen también de amplias facultades legislativas.

El poder judicial no constituye ninguna excepción dentro del referido esquema de distribución competencial. Aunque la legislación relativa al mismo esté atribuida de forma concurrente a la Federación y a los *Länder*, el resultado final es de un claro predominio de la primera. En efecto, el art. 74. 1 (1) LFB asigna de modo concurrente a la Federación y a los *Länder* la legislación en materia de Derecho civil, Derecho penal, organización de los tribunales, procedimiento judicial y ordenación del notariado, de la abogacía y del asesoramiento jurídico⁴. Como señala el art. 72.1 LFB, en este ámbito de la legislación concurrente (*konkurrierende Gesetzgebung*), los Estados sólo tienen capacidad para legislar en la medida en que la Federación no haya hecho uso de dicha facultad, lo que significa que si efectivamente hace uso de ella, la regulación mediante ley

2. *Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt.*

3. *Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt.*

4. (...) das bürgerliche Recht, das Strafrecht, die Gerichtsverfassung, das gerichtliche Verfahren (ohne das Recht des Untersuchungshaftvollzugs), die Rechtsanwaltschaft, das Notariat und die Rechtsberatung.

federal prevalece y deroga la promulgada por los Estados, que con carácter general y concretamente en el ámbito que nos ocupa, ya no podrán legislar al respecto mientras esté en vigor la reglamentación federal⁵.

El caso es que el legislador federal ha promulgado en materia de organización, ordenación judicial y proceso jurisdiccional una serie de leyes que dejan a los Estados bien poco margen para incidir legislativamente en tales ámbitos. Por lo que se refiere a la organización judicial y al funcionamiento de los tribunales, se trata, en concreto de las siguientes normas legales:

- Ley sobre la Organización y Funcionamiento de los Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz* —GVG—).
- Ley de la Judicatura Alemana (*Deutsches Richtergesetz* -DRiG-)
- Ley sobre la Selección de Jueces Federales (*Deutsches Richterwahlgesetz* —DRiWG—)
- Ley relativa a los Letrados de la Administración de Justicia (*Rechtspflegergesetz* —RpflG—).
- Ley Federal de la Abogacía (*Bundesrechtsanwaltordnung* —BRAO—).

Por lo que se refiere al ámbito procesal, cada orden jurisdiccional funciona con una ley procesal propia promulgada por la Federación. Se trata, en el caso del proceso civil y penal, de *Reichsgesetze*, de leyes promulgadas tras la unificación alemana, que pusieron fin a la gran fragmentación procesal en los diferentes territorios del imperio⁶. La incidencia de la legislación de los Estados en dicho ámbito es poco menos que insignificante⁷.

Estas leyes no agotan el entero campo legislativo en materia de justicia, pero ciertamente relegan la legislación de los parlamentos de los *Länder* a un papel más bien secundario, aunque no por ello de poca importancia. Más adelante se dará cuenta con más detalle del posible alcance de la legislación de la Federación y de los Estados en el ámbito de la justicia

5. El de la justicia no se halla entre las materias previstas en el art.72.3 LFB, sobre las cuales los Estados pueden legislar en sentido distinto, es decir, separándose de la legislación federal.

6. La ley procesal civil (*Zivilprozeßordnung* -ZPO-) data de 1877, al igual que la Ley procesal penal (*Strafprozeßordnung* -StPO-). El resto de leyes procesales son más recientes. Por citar sólo las más relevantes: la ley de la jurisdicción contencioso administrativa (*Verwaltungsprozeßordnung* -VwGO) es de 1960 y la ley de la jurisdicción laboral (*Arbeitsgerichtsgesetz* -ArbGG-) data de 1953.

7. Por ejemplo, el § 418 ZPO se remite a la normativa de los Estados en cuanto a la valoración de ciertos documentos públicos.

2. El poder judicial y los órganos judiciales federales y de los *Länder*

La LFB, que dedica a la jurisdicción (*die Rechtsprechung*) su Capítulo IX (arts. 92 a 104), se refiere expresamente en su art. 92 a un poder judicial (*Rechtsprechende Gewalt*) confiado a los jueces y cuyo ejercicio corresponde al Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), a los tribunales federales previstos en la propia LFB y a los tribunales de los Estados (*Landesgerichte*)⁸.

Como se ve, pues, el «poder judicial» no está concebido como entidad o conjunto de órganos articulados y regidos por una dirección o gobierno común, sino como una de las potestades o direcciones fundamentales de la soberanía estatal cuyo ejercicio se atribuye a una serie de órganos, unos pertenecientes a la Federación y otros a los Estados. La unicidad reside, pues, en el origen y la naturaleza de la potestad ejercida, no en la titularidad del sujeto que la ejerce, es decir, los propios tribunales, ni en la entidad estatal (Federación o Estado) en la que se incardinan.

La pertenencia de los tribunales a la Federación o a los Estados es relevante, en primer lugar, en cuanto a la función que desarrollan dentro de la organización judicial en su conjunto, ya que los tribunales de los *Länder* actúan como órganos de primera y segunda instancia, y en cambio, los federales como tribunales supremos con función casacional; y en segundo lugar, en cuanto a los aspectos de carácter gubernativo o administrativo que rodean el ejercicio de la función jurisdiccional, por cuanto dichos cometidos, aparte de por los correspondientes órganos de gobierno autónomo de los tribunales, serán asumidos por el Ministerio de Justicia Federal o bien por los correspondientes Ministerios de Justicia de los *Länder*.

2.1. Los tribunales federales

Dejando aparte, por su especialísimo carácter, el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), los tribunales federales a los que se refiere el art. 92 LFB pueden ser, en concreto, de los siguientes tipos:

1. Los así llamados «Tribunales Superiores Federales» (*Oberste Gerichtshöfe des Bundes*), previstos en el art. 95 LFB. El precepto dispone, más precisamente, que debe existir uno de estos tribunales en los principales ámbitos

8. Art 92 LFB: *Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.*

o sectores del ordenamiento, en parte similares a los «órdenes jurisdiccionales» de la legislación española. En concreto:

- En el ámbito de la jurisdicción ordinaria (*ordentliche Gerichtsbarkeit*), que abarca las materias civil y penal, la denominada Corte Federal (*Bundesgerichts*of).
- En el orden jurisdiccional contencioso administrativo (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*), el denominado *Bundesverwaltungsgericht*, Tribunal Administrativo Federal, que se ocupa de cuestiones esencialmente similares al orden jurisdiccional contencioso administrativo español.
- En el orden jurisdiccional financiero (*Finanzgerichtsbarkeit*), el denominado *Bundesfinanzhof*, Corte Financiera Federal. Esta rama jurisdiccional especializada se ocupa principalmente de controversias en materia fiscal, tributaria, aduanera, en relación con cuestiones relativas a la exacción ejecutiva de los tributos y otras muy diversas, como por ejemplo cuestiones respecto del acceso y ejercicio a la profesión de asesor fiscal (*Steuerberater*).
- El orden jurisdiccional laboral (*Arbeitsgerichtsbarkeit*), el denominado *Bundesarbeitsgericht* o Tribunal Laboral Federal, que se ocupa de las controversias surgidas en relación con la negociación colectiva y las derivadas de la relación individual de trabajo.
- El orden jurisdiccional social (*Sozialgerichtsbarkeit*), denominado *Bundessozialgericht*, Tribunal Social Federal, a cuyo conocimiento se atribuyen las controversias relacionadas con las prestaciones públicas (seguridad social, principal pero no exclusivamente).

Para asegurar la uniformidad del criterio jurisprudencial entre dichos tribunales, el art. 95.3 LFB prevé asimismo la existencia de una «sala común» (*gemeinsame Senat*) formada por jueces de dichos órganos judiciales.

Aunque la LFB no lo dice expresamente, el legislador y la doctrina han entendido que dichos tribunales conectan con y culminan la estructura jurisdiccional de los *Länder*, que han de diseñar su organización judicial de conformidad con la misma división según órdenes jurisdiccionales, de modo que aquellos altos tribunales federales actúan como instancias cassacionales de carácter nomofiláctico, destinadas a asegurar la interpretación uniforme de la legislación en todo el territorio federal. Por supuesto, eso no significa en modo alguno que todas y cada una de las resoluciones de los tribunales de los *Länder* hayan de ser impugnables ante un alto tribunal del *Bund*.

2. Los denominados simplemente «Tribunales Federales» (*Bundesgerichte*), previstos en el art. 96 LFB y que pueden ser de las clases siguientes:

- El apartado 1º del precepto autoriza a la Federación a crear tribunales especializados en la protección de la propiedad intelectual e industrial (*gewerblicher Rechtsschutz*). Haciendo uso de dicha autorización, el legislador federal ha creado el Tribunal Federal de Patentes (*Bundespatentgericht*) con sede en Múnich, ante el que cabe impugnar los actos dictados por la Oficina Federal de Patentes (*Patentamt*), pretender la declaración de nulidad o la retirada de patentes, la impugnación de licencias, así como otras pretensiones específicamente previstas en la legislación de patentes y marcas. Las resoluciones dictadas por este tribunal son susceptibles de recurso ante la Corte Federal (*Bundesgerichtshof*).
 - El apartado 2º del precepto autoriza a la Federación a crear tribunales militares.
 - El apartado 4º permite a la Federación crear tribunales federales para ventilar procesos disciplinarios (*Disziplinarverfahren*), tanto en primera instancia como en grado de apelación, respecto de personas que prestan sus servicios a la Federación en régimen de Derecho público. Excepto en el caso del personal militar, el legislador no ha hecho uso de esta facultad, sino que, en el caso de los funcionarios federales, ha puesto en manos del orden jurisdiccional contencioso administrativo todas las cuestiones disciplinarias. Y por lo que respecta a los jueces federales, ha creado una sala civil especial (*Zivilsenat*) en la Corte Federal (§ 61.4 DRiG), que asimismo puede actuar como instancia casacional respecto de los tribunales disciplinarios que establezcan los Estados en relación con los jueces al servicio de sus tribunales (§ 79 DRiG), siempre y cuando el *Land* correspondiente así lo establezca en su legislación.
3. Además de las anteriores, aunque en muy buena medida también especializadas en cuestiones disciplinarias, se han creado en el plano federal ciertas «jurisdicciones profesionales» (*Berufsgerichtsbarkeiten*). Se trata, concretamente, de la jurisdicción para abogados (*Anwaltsgerichtsbarkeit*), de la jurisdicción disciplinaria notarial, de la jurisdicción para asesores fiscales (*Steuerberater*) y para auditores de cuentas (*Wirtschaftsprüfer*), caracterizadas todas ellas por la intervención de jueces legos u honoríficos (*Ehrenrichter*) junto con los de carrera, que actúan como expertos cualificados en el respectivo ámbito profesional. Más que de jurisdicciones federales especiales, se trata propiamente de salas especializadas creadas en los Tribunales Superiores de los *Länder* o en la Corte Federal⁹. También los Estados han creado jurisdicciones especiales de este tipo para diversas

9. Una interesante y sintética exposición al respecto puede encontrarse en Eberhard SCHILKEN, *Gerichtsverfassungsrecht*, 4^a edición, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Múnich 2007, p.286 y 287, números marginales 430-432. Por ejemplo, en el caso de la jurisdicción disciplinaria notarial, la primera instancia está residenciada

categorías profesionales, especialmente farmacéuticos, médicos, ingenieros, fisioterapeutas y arquitectos, aunque como decíamos se trata más bien de salas especializadas dentro de los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria del Estado correspondiente¹⁰.

Los tribunales federales aplican únicamente el Derecho federal. Como excepción no precisamente alabada por la doctrina¹¹ aunque aprobada por el Tribunal Constitucional Federal¹², el § 127 BRRG (*Beamtenrechtsrahmengesetz*: ley marco sobre la función pública)¹³, permite acudir al Tribunal Contencioso Administrativo Federal alegando la vulneración de un precepto legal de un *Land* con el objeto de propiciar la aplicación uniforme del Derecho de la función pública.

Los tribunales de los *Länder*, por su parte, aplican ambos tipos de normas jurídicas. De hecho, como se vio, la legislación en materia civil y penal, tanto sustantiva como procesal, está en su práctica totalidad monopolizada por leyes federales. Sólo en materia de Derecho administrativo existe una legislación sustantiva predominantemente estatal.

2.2. Los tribunales de los *Länder*

Aunque la LFB no lo dice expresamente, se entiende que los Tribunales Superiores Federales culminan la sucesión de las instancias judiciales, que se sustancian ante los tribunales de los *Länder*. Si se tiene en cuenta el carácter más bien excepcional del recurso de casación (denominado *Revision* en Derecho alemán), dirigido a la unificación interpretativa, se comprende fácilmente que la justicia en Alemania es impartida ordinariamente por tribunales de los Estados.

Éstos, como hemos visto, no son, sin embargo, libres para crear los órganos judiciales que crean oportunos. Se entiende, por una parte, que la previsión en el art. 96 LFB de ciertos altos tribunales federales para determinados sectores del ordenamiento o clases de controversias entraña la necesidad de que los órganos judiciales de los Estados se agrupen en los consabidos órdenes juris-

en una sala especial de los Tribunales Superiores de Justicia de los *Länder* y la segunda instancia en una sala especial de la Corte Federal (§§ 99, 101, 106 BNotO).

10. Ibidem.

11. Cfr. ZIPPELIUS, op.cit. p.438.

12. BVerfGE 10, 285 (292).

13. § 127 BRRG: *Für die Revision gegen das Urteil eines Oberverwaltungsgerichts über eine Klage aus dem Beamtenverhältnis gilt folgendes: (...) 2. Die Revision kann außer auf die Verletzung von Bundesrecht darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung von Landesrecht beruht.*

diccionales (ordinario —civil y penal—, social, laboral, contencioso administrativo y financiero). Y, por otra parte, la Ley de Organización y Funcionamiento de los Tribunales (GVG), promulgada como legislación concurrente que excluye la de los Estados (art.72.1 LFB), ha establecido para toda Alemania las clases y denominación de los órganos judiciales de los *Länder*, así como las competencias y atribuciones de cada uno de dichos tribunales.

El Estado de Baviera, por poner un ejemplo, no podrá crear los órganos judiciales que crea oportuno, ni asignarles las competencias que estime convenientes, sino precisamente los que establece la Ley de Organización de los Tribunales para todos los Estados y con las competencias y denominación que dicha ley les asigna. En el ámbito de la jurisdicción ordinaria, por ejemplo, dichos tribunales son los *Amtsgericht* (semejantes a nuestros Juzgados de Primera Instancia), los *Landgericht* (en cierta medida similares territorial y competencialmente a nuestras Audiencias Provinciales) y el o los *Oberlandesgerichte* (en buena medida semejantes a nuestros Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA). Ninguno más y ninguno menos.

Eso sí, y para continuar con el mismo ejemplo, el Estado de Baviera es el competente, por ejemplo, para delimitar las demarcaciones territoriales en las que deben operar dichos órganos judiciales y precisar su planta. Dicho Estado ha promulgado también una Ley de desarrollo de la Ley Federal de Organización y Funcionamiento de los tribunales (GVG) y de las leyes procesales de la Federación, en la que concreta múltiples aspectos organizativos de las disposiciones establecidas por aquellos textos legales¹⁴.

2.3. El «préstamo de órganos» (*Organleihe*) entre tribunales federales y de los *Länder*

La interacción entre la Federación y los Estados en materia judicial abarca ciertos casos de lo que ha venido a llamarse «préstamo de órganos» (*Organleihe*), es decir, supuestos en los que la Federación encomienda a órganos judiciales de los Estados el conocimiento de asuntos que con carácter general le están asignados por la LFB y las leyes federales; y viceversa, es decir, determinados casos cuyo conocimiento correspondía en principio a los Estados pueden ser encomendados a órganos judiciales de la Federación.

14. *Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes (AGGVG)*, de 23 de Junio de 1981 (BayRS IV S. 483) BayRS 300-1-1-J.

El primero de los casos (órganos judiciales de los *Länder* asumiendo competencias propias de los órganos judiciales federales) está previsto en el art. 96.4 LFB, donde se contempla la posibilidad de que, mediante ley federal, se encamine a tribunales de los Estados el conocimiento sobre ciertos tipos de delitos cuyo conocimiento en primera instancia correspondía excepcionalmente a la Corte Federal (genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra etc.), con el objetivo de permitir una segunda instancia ante dicho órgano judicial.

El segundo caso (asuntos de competencia de los tribunales de los *Länder* que son atribuidos a tribunales federales) está previsto en el art. 99 LFB, donde se prevé que mediante ley de un *Land* podrá conferirse al Tribunal Constitucional Federal la decisión de litigios constitucionales dentro de dicho *Land*, y a los tribunales supremos de justicia mencionados en el art. 95, apartado 1, la decisión en última instancia de aquellos asuntos en los que se trate de la aplicación del derecho de un *Land*.

2.4. Conflictos de competencia entre órganos judiciales

En primer lugar, hay que advertir que el conflicto de atribuciones entre órganos judiciales federales y de los *Länder* es poco menos que imposible. Los tribunales federales actúan como tribunales supremos con funciones de carácter casacional, una vez agotadas las instancias procesales ante los tribunales estatales. En estos términos, la posibilidad de que se suscite una contienda por el conocimiento de un caso parece completamente descartable. Por lo demás, los tribunales especiales de patentes etc. tienen asignado un ámbito de cognición bien preciso.

Lo que sí podría suceder es que el conflicto de competencia se produjese entre órganos judiciales de diferentes *Länder*. En este caso resuelve el conflicto el tribunal supremo de la Federación que corresponda según el orden jurisdiccional sobre el que verse la controversia (Corte Federal, Tribunal Federal Laboral etc.).

3. El estatuto personal de los jueces

El estatuto personal de los jueces federales, es decir, la regulación relativa a su posición jurídica y a las garantías que rodean el desempeño de la función jurisdiccional (inamovilidad, las relativas a la independencia, condiciones de acceso a la carrera judicial, edad de jubilación etc.) ha de estar, según el art. 98.1 LFB,

regulado por una ley federal especial. El legislador ha cumplido dicho mandato mediante la ya referida Ley de la Judicatura Alemana (DRiG).

El mismo art. 98 LFB en su apartado 3º dispone que la posición jurídica (*Rechtsstellung*) de los jueces al servicio de los *Länder* ha de ser regulada mediante una ley de cada *Land*, pero queda fuera de dicha competencia lo relativo a los derechos estatutarios y a las obligaciones de los jueces (con la excepción de las carreras profesionales, de la remuneración y de las cuestiones previsión social, que sí pueden ser regulados por cada Estado), ya que aquellos extremos son objeto de legislación concurrente con la Federación (art. 74.1º.27^a LFB), es decir, se trata de materias sobre las que los Estados solo pueden legislar si la Federación no hace uso de su facultad legislativa, cosa que ésta efectivamente ha hecho mediante los §§ 1 a 45 y 71 a 84 de la Ley de la Judicatura Alemana (DRiG), dejando a la regulación propia de los *Länder* un alcance más bien discreto.

En el primer grupo de preceptos referidos (§§ 1 a 45), el legislador federal establece las directrices fundamentales del estatuto judicial de todos los jueces alemanes, federales o de los *Länder* (condiciones de acceso a la carrera judicial, incompatibilidades, garantías relativas a la imparcialidad, la inamovilidad, régimen de separación o suspensión del servicio, el estatuto de los jueces legos etc.).

El segundo grupo de preceptos de la DRiG referidos (§§ 71 a 84), trata específicamente sobre los jueces de los Estados. En dichos preceptos se dispone que a estos jueces se les aplica, allá donde no haya una regulación específica, la legislación general relativa a la función pública. Se establece, además, que en los *Länder* se creen dos órganos de representación judicial, existentes también en el ámbito federal: el Consejo Presidencial (*Präsidialrat*) y el Consejo de Jueces (*Richterrat*). Este último órgano tiene como finalidad permitir la participación de los jueces y el personal judicial en la determinación de las condiciones de trabajo (una suerte de comité de empresa en el ámbito público), mientras que al Consejo Presidencial (*Präsidialrat*) le compete participar, con carácter meramente consultivo, en la promoción de los jueces y provisión de plazas judiciales.

Por último, los §§ 77 a 84 disponen la creación en los *Länder* de ciertos tribunales especiales (*Dienstgerichte*) competentes para juzgar sobre cuestiones disciplinarias judiciales y otras cuestiones relativas a la provisión de plazas, nombramientos judiciales, irregularidades relativas a la organización judicial etc. Dichos preceptos establecen ciertas pautas relativas a la organización y al procedimiento a seguir por dichos tribunales que habrán de ser respetadas por la legislación de los Estados y se permite asimismo que la legislación de éstos

contemple la posibilidad de establecer un recurso ante el tribunal disciplinario de la Federación (en realidad, como se vio, una sala civil especial de la Corte Federal).

En todo lo relativo al estatuto personal de los jueces no referido en las líneas anteriores, los Estados pueden dictar sus propias leyes regulando la posición jurídica de los jueces (*Länderrichtergesetze*), siempre, por supuesto, con pleno respeto a las garantías establecidas en la LFB en relación con el desempeño de la función jurisdiccional. Como puede comprobarse, la legislación de los Estados en esta materia puede regular aspectos de relevancia práctica nada despreciable, pero, en todo caso, los aspectos capitales del estatuto personal de los jueces quedan reservados al legislador federal.

4. La selección de los jueces de los estados

Por lo que respecta al nombramiento de los jueces, la autonomía de los Estados es prácticamente total. Como dije antes, existe una Ley sobre la Selección de Jueces Federales (*Deutsches Richterwahlgesetz* —DRiWG—) que pone la selección de los jueces federales en manos de una comisión presidida por el Ministro Federal cuya esfera de atribuciones esté relacionada con el ámbito jurídico propio del tribunal para el que ha de escogerse un nuevo juez (Ministro de Justicia, Corte Federal; Ministro de Trabajo, Tribunal Federal Laboral etc.) e integrada por sus ministros de los *Länder* homólogos y por un número igual de miembros escogidos por el *Bundestag*.

Los Estados, sin embargo, son completamente libres para determinar su propio sistema de selección. El art. 98.4 LFB permite pero no impone seguir el sistema federal, limitándose a establecer que los *Länder* podrán determinar que el nombramiento de los jueces sea resuelto por el Ministro de Justicia del *Land* correspondiente conjuntamente con una Comisión para la elección de jueces. Los *Länder* han establecido sistemas diferentes de selección de jueces, que incorporan fórmulas variadas de codecisión o participación de autoridades y organismos diferentes (parlamentos estatales, colegios de abogados etc.) y en los que el poder ejecutivo goza de mayor o menor protagonismo.

En todo caso, el sistema de elección de los jueces de los *Länder* deberá resultar respetuoso con las garantías constitucionales que rodean el ejercicio de la función judicial (principalmente independencia e imparcialidad).

5. Los órganos de autogobierno judicial en el modelo alemán

En Alemania no existe un órgano gubernativo propio de la judicatura que abarque el gobierno de todos los tribunales, ni a nivel federal ni a nivel estatal. El autogobierno se proyecta en el ámbito de cada tribunal. Puede hablarse de hasta tres tipos de órganos propios de la judicatura que desempeñan funciones de gobierno (no jurisdiccional, por supuesto) de los tribunales, previstos tanto para los tribunales federales como para los de los *Länder* por los §§ 21 a y ss. de la Ley de Organización y Funcionamiento de los Tribunales (GVG).

1. El *Präsidium*: se trata de un órgano integrado por jueces del propio tribunal y escogidos por sus colegas, al que corresponden funciones tan trascendentales como determinar la composición de las salas y secciones del tribunal, nombrar jueces de instrucción (*Ermittlungsrichter*, aunque es más preciso denominarlos «Jueces de Libertades», llamados a autorizar medidas instructorias solicitadas por el fiscal que supongan afectar derechos fundamentales) y sobre todo determinar el reparto de negocios (*Geschäftsverteilung*) entre los concretos juzgados, secciones o salas del tribunal (§ 21 e GVG).
El § 21 b (3) GVG confiere a los legisladores de los *Länder* cierta autonomía al permitirles establecer sistemas de elección de los miembros del *Präsidium* diferentes del minuciosamente previsto en la GVG.
2. El presidente del tribunal (*Gerichtspräsident, Präsident*).
3. Las salas o secciones del tribunal (*Senat, Kammer*, según la clase de tribunal) que componen el tribunal (también llamadas *Spruchkörper*, órganos jurisdiccionales propiamente dichos) están presididas por un presidente (*Vorsitzender*), que desempeña los cometidos propios del presidente de Tribunal en dichas unidades jurisdiccionales

En el caso de los tribunales federales el nombramiento de los Presidentes de Tribunal y de los Presidentes de Sala (*Vorsitzender Richter*) corre a cargo del ejecutivo federal (*Bundeskabinett*). En el caso de los Presidentes de Sala, el ejecutivo resuelve a la vista de un informe elaborado por el presidente del tribunal.

En los Estados, la provisión de dichos cargos se realiza por el ejecutivo, frecuentemente a propuesta de la misma comisión a la que se encomienda el nombramiento de jueces (*Richterwahlausschuss*), cuya composición es muy diferente de Estado a Estado y en la que a veces participan miembros del parlamento estatal correspondiente, representantes de la abogacía, miembros de la judicatura etc.

Los presidentes de tribunal están al frente del *Präsidium* y les corresponde la jefatura (*Dienstvorgesetzter*) del personal judicial y no judicial al servicio del tribunal.

Por último, existen dos órganos de representación judicial, existentes tanto en el ámbito federal como en el estatal, a los que hice referencia líneas atrás: el Consejo Presidencial (*Präsidialrat*) y el Consejo de Jueces (*Richterrat*).

6. Intervención del ejecutivo federal y de los *Länder* en la administración de la administración de justicia

Los ejecutivos, tanto federales como de los *Länder*, a través de su ministerio de justicia, poseen amplios poderes en cuanto a la ejecución de los cometidos administrativos u organizativos que rodean el funcionamiento de los tribunales (asignación de partidas presupuestarias y suministro de medios materiales) y en relación con las tareas relativas a la inspección del servicio (*Dienstaufsicht*), situación administrativa y régimen funcional del personal al servicio de la Justicia etc.¹⁵

En lo que aquí interesa, dichas funciones son mayormente ejercidas por el ejecutivo federal o estatal correspondiente, dependiendo de la pertenencia de los tribunales a una u otra entidad, y en parte también por los órganos de autogobierno de los propios tribunales. Así, por ejemplo, en el caso de la inspección sobre el funcionamiento de los tribunales, la legislación federal (la Ley de la Judicatura Alemana) y la Ley de Organización de los Tribunales, en concreto) nada dispone sobre el modo concreto en que deba llevarse a cabo, pero el Estado de Baden-Württemberg, en el § 16 de su ley de desarrollo de la Ley federal de organización de los Tribunales (GVG), dispone que corresponde al Ministerio de Justicia estatal ejercer las tareas de inspección sobre todos los tribunales del *Land*, y a los presidentes de los tribunales del *Land* ejercerla sobre todos los órganos judiciales comprendidos en su respectiva circunscripción territorial.

15. El § 26 de la Ley de la Judicatura Alemana (DRiG) establece que la inspección sólo puede estar referida a materias que no supongan un atentado a su imparcialidad y puede comprender también la facultad de restringir al juez por una irregular llevanza de sus tareas, así como por incurrir en dilaciones indebidas. Si el juez se siente atacado en su imparcialidad por una medida de este tipo puede acudir a los tribunales para que resuelvan sobre la procedencia de la medida.

7. El personal no judicial al servicio de los tribunales

Destaca dentro de esta categoría el llamado *Rechtspfleger*. Se trata de un funcionario de la escala superior que desempeña cometidos semejantes a los Letrados de la Administración de Justicia españoles (fundamentalmente asuntos de jurisdicción voluntaria y tramitación procesal, con especial incidencia en el procedimiento de ejecución). Los aspectos más relevantes de su estatuto jurídico, atribuciones etc. están regulados por ley federal tanto para los tribunales federales como para los de los *Länder*¹⁶. Los *Länder* apenas pueden incidir, si no es en aspectos secundarios, en dicha regulación. Su dependencia administrativa estará en función de si están adscritos a un tribunal federal o a uno estatal, caso éste último en el que dependerán administrativamente de forma plena del *Land* correspondiente.

Además del *Rechtspfleger*, es preciso referirse aquí a los así llamados *Urkundbeamten*, a los que se encomiendan tareas como la confección de actas, expedición de certificados, la llevanza de los registros judiciales y otros cometidos relacionados con la documentación, que en Derecho español corresponderían en parte a los Letrados de la Administración de Justicia. Se trata de funcionarios de la escala media a los que, aparte de los cometidos ya referidos, se les asigna residualmente la práctica de todos los cometidos relacionados con el funcionamiento de los tribunales que la ley no atribuya a los jueces, a los fiscales o a los *Rechtspfleger*. Se trata, asimismo, de funcionarios federales o de los *Länder* dependiendo del tribunal al que sirvan. La regulación relativa a las condiciones de acceso a la profesión aparece en el § 153 de la Ley Federal de Organización de los Tribunales (GVG), y las leyes procesales les atribuyen ciertos cometidos, pero la determinación exacta de los mismos se deja en manos de los Estados y de la Federación, en el ámbito de sus propios tribunales (§ 153. 5 GVG).

Finalmente, en el ámbito de la justicia alemana opera también otra categoría profesional, los llamados *Gerichtsvollzieher*, que guardan cierto parecido con los cuerpos de gestión procesal españoles, y que están centrados en aspectos relacionados con la práctica de notificaciones y otros cometidos auxiliares de carácter no jurisdiccional en el proceso de ejecución. La figura del *Gerichtsvollzieher* apenas cuenta con regulación federal. Su estatuto jurídico ha de ser definido por la Federación o los Estados en función del órgano en que preste sus servicios. El § 154 GVG se limita a prescribir para todos los tribunales, federales o de los *Länder*, las causas que pueden justificar su recusación.

16. Se trata de la *Rechtspflegergesetz* (RPflG), de 05.11.1969.

Así pues, en relación con el personal no jurisdiccional al servicio de los tribunales, se repite el esquema habitual en el federalismo judicial alemán. Con la excepción de los *Urkundsbeamte* y los *Gerichtsvollzieher*, la ley federal tiene una fuerte incidencia en la definición del estatuto jurídico y funciones de las diferentes categorías profesionales, aunque la adscripción personal administrativa de los mismos queda completamente en manos de los Estados.

8. Breve referencia a los tribunales constitucionales de los *Länder*

Tanto el Tribunal Constitucional Federal como los tribunales constitucionales de los Estados forman parte del poder judicial, según el art. 92 GG. Los Estados alemanes, en efecto, pueden dotarse de una jurisdicción constitucional propia (*Landesverfassungsgerichte*). En algunas ocasiones, dicha jurisdicción se moldea al estilo del antiguo *Staatsgericht* (Alto Tribunal de Estado), es decir, una instancia llamada a resolver conflictos entre órganos constitucionales del *Land* (*Organstreitigkeiten*). Pero la mayor parte de las veces, los Estados han optado por seguir el modelo de tribunal constitucional moderno, dotado de atribuciones para pronunciarse sobre la adecuación de los actos de los poderes públicos del *Land* a las constituciones estatales y a los derechos fundamentales consagrados en las mismas.

Dichos tribunales, como el propio Tribunal Constitucional Federal, no se rigen por las leyes federales antes referidas, relativas a la organización de los tribunales (GVG), al estatuto personal de los jueces (DRiG) o la elección de estos (DRiWG), sino que los Estados gozan de plena capacidad legislativa en todos estos aspectos. Y por supuesto, cada Estado promulga también las normas que deben regir el proceso ante dichos tribunales.

Con mucha frecuencia, los derechos fundamentales recogidos en las constituciones de los *Länder* se solapan en cuanto a su contenido material con los de la Ley Fundamental, de modo que su vulneración puede dar lugar a que el interesado opte por interponer un recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional de un Estado en vez de hacerlo ante el Tribunal Constitucional Federal. Y la falta de interposición del amparo estatal no podría considerarse como falta de agotamiento de la vía judicial previa (*Rechtswegerschöpfung*, § 90 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal) para interponer un recurso de amparo federal. En general, se considera que la actuación de los tribunales constitucionales de los *Länder* cumple una función de descargar al Tribunal Constitucional Federal de un importante volumen de trabajo en materia de recurso de amparo.

9. Recapitulación y un breve ejercicio comparatístico: consecuencias de una hipotética asunción del modelo de federalismo judicial alemán en España

Sintetizando cuanto va dicho en las páginas anteriores, el federalismo judicial alemán se caracteriza por las notas siguientes:

1. Los órganos judiciales ordinarios que actúan en las distintas instancias procesales, pertenecen a los Estados. A la Federación sólo pertenecen los tribunales superiores en cada orden jurisdiccional, que desempeñan una función nomofiláctica o casacional.
2. La legislación relativa al poder judicial, aunque constitucionalmente se trate de una competencia concurrente, proviene, de hecho, casi íntegramente de la Federación, y comprende fundamentalmente los siguientes aspectos: el proceso judicial en los diferentes órdenes jurisdiccionales, la organización de los tribunales, sus órganos de autogobierno, los tipos de tribunales y sus competencias, las directrices fundamentales del estatuto jurídico de los jueces (inamovilidad, aspectos disciplinarios, incompatibilidades etc.) y las condiciones de acceso a la carrera judicial. Asimismo, la regulación de las principales profesiones forenses diferentes a la de Juez se lleva a cabo mediante ley federal (*Rechtspfleger*, fundamentalmente), aunque en el plano administrativo o régimen funcionarial dicho personal esté plenamente adscrito y dependa de cada *Land*.
3. Los Estados, pues, no pueden crear tribunales diferentes de los previstos por la ley federal ni asignarles competencias diferentes de las previstas por dicha ley.
4. Sin embargo, gozan de plena autonomía para establecer el modo de seleccionar a su personal jurisdiccional y no jurisdiccional, aunque sin dotarle de un estatuto personal sustancialmente diverso del regulado por ley federal. Concretamente, la regulación relativa a las condiciones de acceso a la carrera judicial compete a la Federación.
5. Los tribunales de los Estados aplican tanto el propio Derecho estatal como el federal. Los tribunales de la federación, por el contrario, ordinariamente sólo aplican el Derecho federal, sin que les sea dado aplicar o interpretar preceptos de Derecho estatal, a no ser que dicha aplicación o interpretación resulte condición necesaria para aplicar o interpretar el Derecho federal, caso en el que deberán actuar con pleno respeto a la jurisprudencia sentada por los tribunales del *Land* correspondiente.

Para concluir esta compendiosa visión del modelo alemán en materia de organización y gobierno judicial, me ha parecido útil contrastar los rasgos de dicho modelo con su homólogo español y realizar dicha comparación de un modo indirecto, a saber, planteándome qué sucedería si, hipotéticamente, el legisla-

dor o el poder constituyente español decidiese adoptar un sistema judicial semejante al alemán. Ello haría preciso, en algunos casos, reformar la Constitución (cuando no el propio modelo de Estado), o, cuando menos reconsiderar la interpretación que de la misma ha hecho el Tribunal Constitucional español en materia de administración de justicia; y en otros casos, bastaría una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Este ejercicio, además de servir de inspiración para futuras y eventuales reformas legislativas o constitucionales, pretende meramente describir las consecuencias que se derivarían de tal trasplante, sin pretender valorarlo desde el punto de vista de su oportunidad o conveniencia, aspectos que precisarían muy arduas y extensas reflexiones.

En concreto, los principales cambios que dicha asunción comportaría respecto de la actual configuración constitucional y legal del modelo judicial español serían las siguientes:

1. Los órganos judiciales de instancia pasarían a ser tribunales de las CCAA. Sólo el Tribunal Supremo, dotado como en la actualidad de una función casacional, quedaría adscrito al Estado. Parece claro que en este punto se requeriría una reforma de la Constitución, que establece el principio de unidad jurisdiccional (art.117.5 CE). Las clases de órganos judiciales, su funcionamiento y sus competencias, por el contrario, continuarían siendo aspectos determinados por ley del Estado y serían idénticos en todas las CCAA.
2. Todo el personal judicial quedaría adscrito a las CCAA y, por lo tanto, no existiría una sola carrera judicial (en el sentido de cuerpo judicial único para todo el Estado). Asimismo, tampoco existirían cuerpos nacionales de personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia. Algunos cuerpos nacionales ya han sido traspasados a las CCAA (arts.470 y 471 LOPJ) pero los LAJ aún siguen dependiendo del Ministerio de Justicia, de modo que su adscripción a las CCAA precisaría una reforma de la LOPJ. La adscripción del personal judicial a las CCAA, por el contrario, sí que supondría alterar el principio de unidad jurisdiccional consagrado en la CE y afectar así el núcleo inaccesible del Poder Judicial al que se refiere la jurisprudencia constitucional.
3. Las CCAA tendrían plena autonomía para establecer el sistema de selección de sus jueces, aunque no para determinar las condiciones de acceso a la carrera judicial ni para incidir en su estatuto jurídico, funciones etc., materias que, como en la actualidad, habrían de ser reguladas por ley del Estado. Sin embargo, si se adoptase el modelo alemán, las CCAA gozarían de competencia normativa, no sólo reglamentaria sino también legislativa, en los aspectos relativos a aquellas materias no reguladas por la ley estatal. Nuevamente, el cambio precisaría reforma constitucional.

4. Respecto del personal no judicial, algunas CCAA ya han asumido buen número de competencias (así, por ejemplo, art.103 EACat) de carácter ejecutivo y reglamentario. De adoptarse el modelo alemán, sin embargo, las competencias normativas autonómicas superarían el ámbito reglamentario y se extenderían al legislativo, aunque la ley estatal seguiría regulando lo relativo al acceso a la profesión correspondiente, a sus funciones y al estatuto jurídico.
5. No existiría un órgano de autogobierno judicial común para todo el Estado, como sucede en la actualidad con el Consejo General del Poder Judicial. Numerosos de los cometidos actuales de este órgano serían desempeñados, en parte por las consejerías de Justicia de las CCAA y en parte por ciertos órganos de autogobierno judicial de los tribunales, cuyas funciones, así como las pautas fundamentales sobre su elección y funcionamiento vendrían, eso sí, establecidas por ley del Estado. En estos ámbitos (por ejemplo, en lo referido a la inspección de tribunales) la CCAA disfrutaría de amplias facultades legislativas y, en general, normativas. En todos estos aspectos, sería obvia también la necesidad de reforma constitucional.
6. La adopción de un modelo como el alemán comportaría, finalmente, una notable simplificación en el ámbito de la oficina judicial y, en general, de la así llamada «administración de la Administración de Justicia», donde, en la actualidad confluyen, como mínimo, las competencias del Consejo General del Poder Judicial (así, por ejemplo, art.560.16^a I, 19^a y 21^a LOPJ), del Ministerio de Justicia y de las consejerías autonómicas de Justicia, sin contar con la incidencia de las facultades directivas en materia de personal que ostentan los LAJ. En el modelo alemán, dichas facultades, como se vio, serían desempeñadas por los ministerios de Justicia de los *Länder*, lo que trasplantado al caso español, equivaldría a las consejerías de justicia de las CCAA, y por ciertos órganos de gobierno de los tribunales, con la consiguiente reducción del número de actores concurrentes.

10. Bibliografía

- R.ZIPPELIUS/T.WÜRTENBERGER, *Deutsches Staatsrecht*, 32^a edición, Editorial Beck, Múnich 2008.
- SCHILKEN, E., *Gerichtsverfassungsrecht*, 4^a edición, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Múnich 2007.

XVI | Algunas reflexiones sobre la Inteligencia Artificial: «deepfakes» y propuestas legislativas¹

Francisco Ortego Pérez
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

1. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: CAPACIDADES Y RIESGOS. 2. USO ILÍCITO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA. 2.1. EL EMPLEO MALICIOSO DE LAS «ULTRAFALSIFICACIONES» O «DEEPFAKES». 3. LA PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LAS SIMULACIONES DE IMÁGENES Y VOCES DE PERSONAS GENERADAS POR MEDIO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 4. A MODO DE EPÍLOGO. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. La Inteligencia Artificial: capacidades y riesgos

El conocido científico STEPHEN HAWKING, que utilizaba un sistema de Inteligencia Artificial para poder comunicarse, resumió el potencial y los riesgos de esta tecnología al afirmar que puede ser lo mejor o lo peor que le haya pasado a la humanidad².

Sin adelantar vaticinios, lo cierto es que la IA es una tecnología emergente que ha cambiado y sigue cambiando rápidamente nuestras vidas, al ser capaz de desempeñar funciones que antes únicamente podían realizar los humanos, tal como recoge el *Libro Blanco* de la Comisión Europea sobre la materia³.

Durante los primeros días de noviembre de 2024 se celebró en Bletchley Park (Inglaterra), en el mismo lugar donde Alan TURING descifró los códigos de la má-

1. Al profesor Manuel Cachón Cadenas, como contribución a su merecido homenaje.

2. En la inauguración el 19 de octubre de 2016 del CFI (Centro Leverhulme para el Futuro de la Inteligencia) en la Universidad de Cambridge. <https://www.cam.ac.uk/research/news/the-best-or-worst-thing-to-happen-to-humanity-stephen-hawking-launches-centre-for-the-future-of> (último acceso: 12/07/2024).

3. *Libro Blanco* sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Comisión Europea, Bruselas, 19.02.2020, COM (2020) 65 final, págs. 1 y 13.

quina Enigma, la Primera Cumbre Mundial sobre IA para abordar los riesgos de esta tecnología. Precisamente fue TURING —uno de los precursores de la informática moderna y de la IA—, quien en 1950 se formuló en un ensayo la pregunta de si las máquinas podrían llegar a pensar, surgiendo así como cuestión de fondo, el impacto que tendría aquella hipótesis en el caso de convertirse en real.

En aquella pregunta debían conjugarse entidades tan distintas como el hombre y la máquina. Por ello, siendo consciente de la dificultad intrínseca de relacionar el pensamiento en cuanto capacidad humana con la máquina como artificio, reformuló su interrogante inicial, planteándose entonces si existirían computadoras digitales que tuvieran un buen desempeño en el juego de imitación⁴. Así es como el célebre matemático centró su estudio en el aprendizaje más que en el pensamiento en sí, como confirma el conocido test que lleva su nombre, y que consiste en una prueba que evalúa la capacidad de una computadora para mostrar un comportamiento «inteligente» similar al de un humano, o indistinguible de este⁵.

En la actualidad, sólo con retrotraernos unas décadas hacia el pasado —un pasado mucho más reciente de lo que nos pudiera parecer—, vendrían a nuestra mente imágenes consideradas por aquel entonces futuristas o de ciencia ficción. Sin embargo, muchas de esas imágenes, e incluso otras que nos hubieran resultado impensables en aquella época han acabado convirtiéndose en realidades cotidianas gracias al desarrollo tecnológico, y fundamentalmente a la IA (automóviles de conducción autónoma, desbloqueo de *smartphones* mediante reconocimiento facial o por huella digital, etc.).

En nuestros quehaceres diarios estamos cada vez más habituados al empleo de acciones computacionales que nos resultan mundanas, pero que en realidad responden a patrones matemáticos prefijados, desde los asistentes virtuales de voz *Echo*, *Alexa* o *Siri*, como ejemplos más populares, hasta el uso de chatbots y aplicaciones app de IA en nuestros teléfonos móviles que proporcionan respuestas rápidas a las preguntas más variopintas.

La llamada «cuarta revolución industrial», según la expresión acuñada por Klaus SCHWAB en 2016⁶ para referirse al profundo cambio sistémico acaecido a nivel mundial como consecuencia de las innovaciones en materia de la tecnología y la digitalización, ha comportado considerables avances en campos tan dispares

4. TURING, Alan, «Computing machinery and intelligence», *Mind*, 49: págs. 433 - 460.

5. Hoy estamos habituados a una versión moderna del test de Turing mediante CAPTCHA (*Completely Automated Public Turing test to tell Computers and Humans Apart*), medida de seguridad basada en un sistema de preguntas y respuestas de identificación visual que se realiza en determinados espacios o páginas web para verificar si realmente quien trata de acceder a ellos es una persona o un programa informático.

6. SCHWAB, Klaus, «La cuarta revolución industrial», Ed. Debate, Barcelona, 2016, págs. 23 - 24.

como la industria, la medicina, la robótica, el comercio electrónico, las comunicaciones, y un largo etcétera. Sin embargo, en el reverso hay que apuntar que esa formidable e incesante transformación tecnológica también ha supuesto y supone un permanente reto para el Derecho, pues la seguridad jurídica exige regular de manera adecuada esas nuevas realidades, así como las relaciones surgidas con ellas para tratar de prevenir y dar respuesta a los nuevos problemas que puedan suscitarse⁷.

Si en un primer momento la atención de los juristas la acaparó el desarrollo progresivo de Internet, y con él, la aparición del cibercrimen como ejemplo negativo de una rápida adaptación al medio, lo que hoy reclama una atención prácticamente sin precedentes es la aplicación de la Inteligencia Artificial dada su imparable presencia en cualquier ámbito de nuestras vidas.

Sirva como ejemplo que ni un ámbito tan claramente humanizado como es el de la Justicia ha permanecido ajeno al potencial advertido por Turing respecto a las capacidades de las máquinas para realizar funciones reservadas a las personas. Bien es verdad que cuando se relaciona la IA con en esta materia resulta obligado distinguir dos importantes aspectos: a) uno es el que hace referencia únicamente a su aplicación como herramienta de gestión y tratamiento de datos en la Administración de Justicia como servicio público; y b) otro es el que conecta su aplicación tecnológica con el propio proceso jurisdiccional y la viabilidad de la denominada justicia predictiva.

Tratándose de una tecnología compleja y en constante evolución se comprende fácilmente que la IA se haya convertido en un asunto recurrente para los juristas, ante la posibilidad de desplazar la actividad de razonamiento inherente a la explicación silogística del juicio humano por una decisión robótica, basada en la interpretación de la ley conforme a modelos matemáticos construidos mediante complejos algoritmos⁸.

7. ORTEGO PÉREZ, F., «Investigación y prueba digital de los ciberdelitos», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 2022, págs. 91 - 92.

8. Aunque ya son abundantes los trabajos científicos sobre esta cuestión, véase TARUFFO, M., «Judicial decisions and artificial intelligence», *Artificial Intelligence and Law*, vol. 6, núm. 2 - 4, 1998, págs. 311 - 323. DE LA OLIVA SANTOS, A., «“Justicia predictiva”, interpretación matemática de las normas, sentencias robóticas y la vieja historia del “Justizklavier”», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 80, pág. 30. GUZMÁN FLUJA, V.C., *Sobre la aplicación de la Inteligencia Artificial en la solución de conflictos (Reflexiones acerca de una transformación tan apasionante como compleja)*, en «Justicia Civil y Penal en la era global» (Ed. Barona Vilar, S.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 68 - 69 y 80 - 81. NIEVA FENOLL, J., «Inteligencia artificial y proceso judicial», Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, pág. 31. BARONA VILAR, S., «Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 610 y ss. De la misma autora vid. «Inteligencia Artificial o la algoritmización de la vida y de la Justicia: ¿solución o problema?», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, págs. 37 a 46. CATERINI, Mario, «El sistema penal en la encrucijada ante el reto de la Inteligencia Artificial», *Revista de Internet, Derecho y Política*, IDP, núm. 35, marzo de 2022 (edición digital).

Aunque ya son muchos los trabajos científicos sobre esta materia, no cabe duda de que la predictibilidad de la decisión judicial o algoritmización del denominado «juez robot» es una cuestión que suscita fuertes controversias, perfectamente comprensibles porque la IA carece de conciencia, de creencias, sentimientos y emociones, con todo lo que ello implica para la resolución de casos que requieren decisiones «justas», más que puramente objetivas o «exactas»⁹, así como por el consiguiente efecto de deshumanización de la Justicia que puede suponer.

Sin embargo, frente a esa posible justicia robótica siempre deberá existir necesariamente un Juez-humano como último eslabón de la cadena para supervisar cualquier posible error de la aplicación tecnológica, pues como acertadamente apunta MARCHENA GÓMEZ, es imposible equiparar en términos absolutos la justicia predictiva o robótica con una justicia sin ningún margen de error¹⁰.

Pese a sus incuestionables capacidades y a su vasta aplicación práctica en campos tan heterogéneos, hay que tener presente que la IA no es ninguna especie de magia digital, sino un tipo de tecnología con las limitaciones inherentes a todas ellas¹¹. Por fascinante que pueda resultar, los algoritmos que sirven de base a las aplicaciones de IA no son más que secuencias finitas de datos y variables matemáticas entrelazadas, que se combinan para la resolución de un problema determinado o para la realización de una tarea concreta.

La IA responde a un patrón decisorio y de actuación que se sustenta en función de los datos que previamente se le hayan suministrado, y de ahí que en ocasiones surja la duda de si la IA puede ser considerada verdaderamente «inteligente», pues su fiabilidad depende de dichos datos, como quedó demostrado con la serie de partidas de ajedrez que en la década de los 90 del siglo pasado enfrentó al superordenador de IBM *Deep Blue* contra el campeón mundial Gary Kasparov. Aunque en 1996 el hombre venció a la máquina, una nueva programación con mayores probabilidades de jugadas, así como el aprendizaje de sus propios errores, llevó un año después a la derrota del campeón del mundo frente a *Deep Blue*.

Otro ilustrativo ejemplo lo constituyen las controversias suscitadas en EE.UU. a raíz del caso «*Wisconsin v. Loomis*» por COMPAS, un algoritmo de cierta sencillez

9. DÍAZ CAPPA, J., «Diálogos para el futuro judicial. XLIX. La Inteligencia Artificial y su impacto en el proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 10120, 28 de julio de 2022, pág. 3 (edición digital).

10. MARCHENA GÓMEZ, M., *La deshumanización de la Justicia*, conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia el día 2/03/2023. Una referencia a la misma puede verse en <https://conflegal.com/20230304-marchena-reivindica-frente-a-la-inteligencia-artificial-que-al-final-de-la-cadena-debe-haber-un-juez> (último acceso: 10/07/2024). Del mismo autor vid. «Inteligencia Artificial y Jurisdicción Penal», Discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores de España, 26/10/2022, pág. 44.

11. WORTHY CAMPBELL, Ray, «Artificial Intelligence in the Courtroom: The delivery of Justice in the age of Machine Learning», *Colorado Technology Law Journal*, vol. 18. 2, January 2019, pág. 325.

creado para predecir el posible nivel de reincidencia de la población reclusa que evidenció sesgos de tipo racial en sus predicciones¹². Pero por otra parte, no puede desconocerse que el avance en ramas de la IA como el *Machine Learning* (ML) posibilita mediante sofisticados algoritmos el aprendizaje automatizado de las máquinas con una mejora gradual de su precisión¹³.

En cualquier caso, en cuanto tecnología disruptiva, de la IA se dice que ha llegado para revolucionar el mundo y hacer la vida más confortable a las personas¹⁴, afirmación que por sí misma sería una estupenda carta de presentación si sólo se reparara en sus indudables beneficios, pese a que no puede desconocerse que también presenta serios riesgos por su posible empleo ilícito como por una falta de regulación precisa y acorde a su enorme potencial. Así lo reconocen tanto el *Libro Blanco* de la Comisión Europea (2020) como el reciente Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024¹⁵, al alertar de esos peligros o consecuencias negativas, entre los que expresamente destacan «*la intrusión en nuestras vidas privadas o su uso con fines delictivos*»¹⁶, aspectos que necesariamente han de ponerse en relación con la salvaguarda de los derechos fundamentales.

En atención a estas circunstancias no sorprende que la IA suscite al mismo tiempo apasionados defensores como detractores apocalípticos, e incluso simplemente escépticos, que ven en esta tecnología más riesgos que ventajas. En este sentido, suelen traerse a colación las palabras de KANT de que la invención del puñal precedió a la conciencia del imperativo «no matarás» para resaltar

12. COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) es un algoritmo utilizado por el sistema judicial de Wisconsin (EE.UU.) que realizaba una predicción sesgada de cariz racial, otorgando mayor probabilidad de delinquir y reincidir a las personas de raza negra. Vid. Caso «*State Wisconsin v. Loomis*», 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). PINTO PALACIOS, F., «Justicia robótica: el caso Loomis», Confílegal, 02/04/2018. <https://confilegal.com/20180402-justicia-robotica-el-caso-loomis/> (último acceso: 15/07/2024).

MIRÓ LLINARES, F., «Inteligencia Artificial y Justicia Penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm. 20, 2018, págs. 120 - 121.

13. <https://www.ibm.com/es-es/topics/machine-learning> (último acceso: 09/07/2024).

14. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, Bruselas 21.4.2021, COM (2021) 206 final, ya recogía que «*la IA debe ser un instrumento para las personas y una fuerza positiva en la sociedad, y su fin último debe ser incrementar el bienestar humano*», pág. 1.

15. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea Serie L, el día 12/07/2024.

16. *Libro Blanco* sobre la Inteligencia Artificial, pág. 1. Además, el Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, del Parlamento Europeo y del Consejo, recoge en su art. 5 las prácticas de IA que se consideran prohibidas por la injerencia que comportan en los derechos fundamentales, como las técnicas subliminales de alteración del comportamiento de las personas (art. 5. 1 apartados a y b), las técnicas para establecer perfiles clasificatorios de personas físicas por parte de las autoridades públicas en función de su conducta social o características personales (art. 5. 1. c), y el uso de sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real en espacios de acceso público, con la excepción de aquellos supuestos de urgencia que aparezcan justificados y siempre sometidos a la preceptiva autorización judicial o administrativa (art. 5. 2, 3 y 4).

hasta qué punto determinados avances técnicos se anticiparon a las orientaciones morales respecto a cómo hacer un correcto uso de los mismos¹⁷.

Se alzan voces señalando que la máquina no puede decidir por encima del ser humano, como medio de evitar que el incesante desarrollo de la IA acabe degenerando o sumiéndonos en un estado de sumisión o de «estupidez artificial»¹⁸, como llamada de atención para que su diseño y utilización se lleve a cabo de una manera responsable.

En esa línea se orientan los trabajos de la UE como el documento «*Directrices éticas para una IA fiable*», elaborado en 2019 por un grupo de expertos, en el que se establecen tres pilares para garantizar su fiabilidad y buen uso, como son en este caso: a) su licitud, condición basilar puesto que su desarrollo debe hacerse conforme a las prescripciones de la Ley; b) su uso conforme a valores y principios éticos; y c) su robustez, entendida esta exigencia desde el punto de vista técnico y social como el reconocimiento explícito de que los sistemas de IA pueden provocar daños accidentales pese a sus buenas intenciones.

2. Uso ilícito de la Inteligencia Artificial generativa

Ante la evidencia de que los sistemas inteligentes carecen de ética surge la necesidad de orientar su uso humano de forma no sólo ética¹⁹ sino también lícita, ya que de lo contrario ofrecen grandes expectativas para su empleo ilícito o delictivo. A modo de ejemplo resultan aterradores los datos que recoge BARONA VILAR según las predicciones de la *National Crime Agency* y de la *European Cybercrime Center* de Europol, de que en 2040 los robots o sistemas computacionales ya cometerán más delitos que los humanos²⁰.

Todo cuanto rodea a la IA ocupa la atención de gobernantes e instituciones, como reflejan las dos cumbres mundiales celebradas últimamente sobre esta materia como foros de disertación global, la primera de las cuales concluyó con

17. CORTINA ORTS, A., «Ética de la inteligencia artificial», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2019, 1, pág. 379.

18. ROUYET RUÍZ, J. I., «Estupidez artificial. Cómo usar la inteligencia artificial sin que ella te utilice a ti», [Libros.com](https://libros.com), 2023. «Estupidez artificial. Retos éticos de la IA», 2022, blog. <https://jirouyet.es/project/estupidez-artificial-retos-eticos-de-la-ia/> (último acceso: 15/07/2024). Por «estupidez artificial» se refiere el autor a aquel comportamiento que anula nuestra autonomía cuando usamos la IA, abandonando nuestra capacidad de responder y dejando que sea la IA quien lo haga por nosotros.

19. CORTINA ORTS, A., «Ética de la inteligencia artificial», ob. cit., pág. 386.

20. BARONA VILAR, S., «Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la *Smart Justice*», ob. cit., págs. 183 - 184.

la conocida como *Declaración de Bletchley*²¹, por la cual los países firmantes se comprometieron a garantizar un uso seguro y fiable de la IA para evitar, fundamentalmente, que se elabore información engañosa o manipulada.

En aquella primera cumbre se alertó contra su uso malicioso por parte de terroristas y otros delincuentes²², llegando a la propuesta de incrementar la seguridad respecto a los modelos avanzados de la denominada IA generativa y de lenguaje natural, capaces de generar textos, imágenes y sonidos sin control humano.

Ante este potencial tecnológico se evidencian los riesgos sobre un uso inadecuado de aquellos modelos de IA que pueden causar daño a las personas, desde los altamente más capaces y sofisticados hasta los más básicos, como expresamente recogen tanto la *Declaración de Bletchley* como el documento «*Future Risks of frontier AI*», elaborado por la *Government Office for Science* del Reino Unido.

Además de las prácticas de IA que el Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, considera prohibidas por resultar manifiestamente invasivas en derechos fundamentales, existen aplicaciones de esta tecnología que pueden atentar contra derechos como los de la intimidad, la propia imagen y el honor de las personas si no se hace un uso racional de dichos sistemas, muchos de los cuales son de fácil acceso y permiten la creación de contenidos ilícitos, tal como sucede con el popular *Chat GPT* y otras aplicaciones de creación gráfica y audiovisual.

Ante situaciones como esta se ha dicho que estamos ante una «democratización de la tecnología», pues se han puesto a disposición de cualquier persona dispositivos altamente eficientes y capaces para generar o modificar datos de carácter personal, como archivos de imágenes, audio, etc., de forma muy a la ligera y sin exigir una mínima capacitación sobre su uso²³. A finales de noviembre de 2023 una adolescente española fue amenazada de muerte por un popular chatbot de IA tras girar aquel bruscamente la conversación hacia contenidos sexuales violentos, lo que más allá de los errores puntuales de las aplicaciones tecnológicas evidencia su accesibilidad y falta de controles rigurosos²⁴.

21. <https://www.gov.uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration/the-bletchley-declaration-by-countries-attending-the-ai-safety-summit-1-2-november-2023> (Último acceso: 12/07/2024).

22. Tal como manifestó en el acto de clausura el Secretario General de Naciones Unidas, Antonio Guterres.

23. ESPARZA LEIBAR, I. y FERNÁNDEZ GALARRETA, F.J., «Sin datos de carácter personal no hay Inteligencia Artificial. Reflexiones en torno a la Inteligencia Artificial y los datos en la Justicia», *Diario La Ley Ciberderecho*, núm. 78, 1 de diciembre de 2023, pág. 3.

24. https://www.larazon.es/tecnologia/chatbot-amenaza-adolescente-espanola-tienes-suerte-que-pueda-matarte_20231121655cf5e01b48c30001525ed9.html (último acceso: 17/07/2024). <https://elpais.com/>

2.1. El empleo malicioso de las «ultrafalsificaciones» o «deepfakes»

El caso paradigmático de empleo malicioso lo constituye el creciente fenómeno de las *deepfakes*, lo que unido al uso generalizado de Internet, de las aplicaciones de mensajería instantánea y de las redes sociales ha acabado convirtiéndolas en uno de los principales elementos de daño reputacional contra las personas, a la vez que en un potente instrumento de manipulación social y desinformación. Así lo pone de relieve el informe *«Libertad en la Red 2023. El poder represivo de la Inteligencia Artificial»*²⁵ de la organización no gubernamental *Freedom House*, que refiere cómo los avances en materia de IA generativa están amplificando una crisis de derechos humanos en línea por su gran capacidad para distorsionar la realidad, hasta el punto de erigirse en uno de los peligros más serios para las democracias y las personas.

Como revela dicho informe, su uso no es exclusivo de usuarios particulares, sino que hasta algunos Estados se han servido de empresas de IA generativa para crear campañas de desinformación con la finalidad de alterar o influir en resultados electorales o de socavar la credibilidad del adversario político, atacando a personas concretas para dañar su reputación y vilipendiarlas mediante vídeos o imágenes falsas para expulsarlas de la vida pública.

Este tipo de manipulaciones arroja ejemplos notorios, como la primera *deepfake* empleada como herramienta bélica en la que aparecía el presidente ucraniano Zelenski ordenando la rendición a sus tropas; el video que llevó al equívoco al informativo de una conocida televisión brasileña situando a Bolsonaro como favorito en las encuestas de las elecciones presidenciales, o la imagen falseada de un anciano con la cara ensangrentada tras ser aparentemente golpeado por la policía durante las protestas de marzo de 2023 en Francia. Se trata de ejemplos que siembran dudas generalizadas, hasta el punto de cuestionarse la clásica y bíblica expresión de «si no lo veo no lo creo».

Pero las *deepfakes* no se limitan a manipulaciones visuales hiperrealistas perfectamente diseñadas para propiciar el engaño, sino también a la creación de audios, como la reciente modalidad de estafas telefónicas mediante la suplantación de voz de un familiar con las que los delincuentes requieren el envío urgente de una cierta cantidad de dinero, tal como alerta el INCIBE (Instituto Nacional de Ciberseguridad).

[tecnologia/2023-11-21/eras-tu-la-que-estabas-disfrutando-perra-una-celebre-aplicacion-de-ia-pierde-el-control-con-una-adolescente.html#](https://tecnologia.20minutos.es/2023-11-21/eras-tu-la-que-estabas-disfrutando-perra-una-celebre-aplicacion-de-ia-pierde-el-control-con-una-adolescente.html#) (último acceso: 17/07/2024).

25. <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2023/repressive-power-artificial-intelligence#regulating-ai-to-protect-internet-freedom> (último acceso: 14/07/2024).

Las *deepfakes* pueden llegar a ser tan hiperrealistas que en la actualidad constituyen uno de los usos maliciosos más visibles de la IA por su capacidad para generar o alterar imágenes o audios cuya dificultad para distinguirlos de lo que es realmente auténtico no alcanza sólo a los humanos, sino también a otras aplicaciones tecnológicas, como revela el informe «*Malicious uses and abuses of Artificial Intelligence*», elaborado conjuntamente en 2020 por *EUROPOL European Cybercrime Centre* (EC3) y el Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI)²⁶.

Desde el punto de vista técnico una *deepfake* consiste en la falsificación de una imagen, de un video o de un contenido de audio, generados mediante un software de IA que emplea algoritmos de *Deep Learning* (aprendizaje profundo) alterando la percepción de la realidad. En ocasiones presentan un acabado tan logrado y fiel que resulta difícil distinguir lo verdadero de la copia o falsificación²⁷, revolucionando con ello el sector de los documentos audiovisuales²⁸.

La magnitud de esa revolución es tal que las *deepfakes* suponen un cambio de ciertos estándares de credibilidad, lo que se acentúa especialmente en el terreno probatorio, pues si en el pasado la evidencia suministrada por una imagen o un video se consideraba una fuente de prueba susceptible de formar un juicio positivo de verosimilitud, en la actualidad ya no puede descartarse la posible manipulación de cualquier contenido audiovisual²⁹.

Su identificación no es nada fácil, siendo necesario el recurso a complejas pericias con sofisticadas herramientas técnicas cuya fiabilidad aún no está consolidada³⁰. Incluso ante el reto y las dificultades que entrañan en materia probatoria ya se habla de la necesidad de aplicar pericialmente la IA sobre las propias creaciones

26. El informe «*Malicious uses and abuses of Artificial Intelligence*» plantea futuros escenarios de abuso de la IA por parte de los delincuentes, citando como ejemplo ataques mediante vídeos manipulados en tiempo real para insertar identificaciones falsas que engañaron a los propios sistemas tecnológicos de verificación (pág. 31).

27. Como es el caso de Aitana López, la modelo e *influencer* digital creada en 2023 por una agencia de publicidad de Barcelona mediante IA generativa. En este caso es una *deepfake* perfectamente lícita puesto que su creación obedece a fines meramente comerciales. La agencia ha creado un perfil de *Instagram* a su nombre al que sube contenidos y opiniones de ese avatar digital que genera 12000 euros mensuales y acumuló más de 120.000 seguidores en sus cuatro primeros meses. https://www.antena3.com/noticias/tecnologia/llegan-influencers-virtuales-creadas-inteligencia-artificial-existen-pero-arrasan-redes_2023110665491eb0b2761500019cf426.html (último acceso: 15/07/2024).

28. CANO FERNÁNDEZ, S., «El «deepfake» en los documentos audiovisuales: un reto para la valoración de la prueba», *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero 2024, pág. 2 (edición digital).

29. BLÁZQUEZ MORENO, R., «Deepfakes en el procedimiento probatorio», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2023, núm. 3, págs. 226.

30. NIEVA FENOLL, J., «La prueba de los *deepfakes* pornográficos: I.A. sobre I.A.», *Diario La Ley*, núm. 10516, de 30 de mayo de 2024, pág. 7 (edición digital), cita ejemplos como *NoiseDF*, *ResNext*, el algoritmo basado en la atención o la identificación de características faciales únicas.

de IA generativa o ultrafalsificaciones, pues debido a su alta precisión y a la posibilidad de no poder descubrirlas se vaticina un panorama ciertamente inquietante³¹.

Es precisamente la propia tecnología empleada la que permite distinguirlas de otras manipulaciones como las denominadas *shallowfakes* o *cheapfakes* («falsificaciones baratas»), que consisten en videos manipulados, pero con técnicas mucho más sencillas y rudimentarias, ya que no utilizan la tecnología *Deep Learning* sino herramientas básicas de edición como el control de la velocidad de reproducción de la imagen o del sonido, y que suelen generarse con el único propósito de difundir bulos³².

El término *deepfakes* surge a finales de 2017, cuando comenzaron a ganar notoriedad desde que un usuario de un foro en *Reddit* utilizó un software de *Deep Learning* para realizar el intercambio digital de rostros (*face swapping*) de actrices famosas montados sobre videos pornográficos³³, constituyendo hoy ese estrecho vínculo con la pornografía su uso más frecuente incluso entre menores.

Pero las ultrafalsificaciones no se reducen a ese ámbito, sino que tal como señala el informe «*Malicious uses and abuses of Artificial Intelligence*», presentan un considerable potencial para uso malicioso y delictivo de carácter ciertamente heterogéneo, pues pueden perseguir fines como la destrucción de la imagen y credibilidad de una persona, el acoso o humillación en línea de personas y la incitación a actos de violencia hacia grupos minoritarios, extorsiones y fraudes, falsificación de identidades en línea capaces de engañar a los sistemas de verificación KYC³⁴, falsificar o manipular evidencias electrónicas para causas penales, perturbar los mercados financieros, desinformar y manipular a la opinión pública, apoyar ideologías de grupos extremistas o terroristas, y avivar el malestar social y la polarización política (pág. 52). Son generadoras de una situación considerada «*infocalíptica*»³⁵, pues es un hecho contrastado que los delin-

31. NIEVA FENOLL, J., «La prueba de los *deepfakes* pornográficos: I.A. sobre I.A.», ob. cit., pág. 2. CANO FERNÁNDEZ, S., «El “deepfake” en los documentos audiovisuales: un reto para la valoración de la prueba», ob. cit., pág. 4. MALACARNE, A., «“Profundamente falso” y “profundamente incierto”: el *deepfake* como *automated evidence* en el proceso penal. Consideraciones generales», *Revista General de Derecho Procesal*, 60 (2023), págs. 14 - 15, quien se refiere a la «prueba automatizada» como la específica al conjunto de información recopilado a partir de los datos generados por aplicaciones de IA.

32. Como el famoso video de cariz político creado para representar borracha a Nancy Pelosi, la ex presidenta de la Cámara de los Representantes de los EE.UU., o los editados de igual forma y propósito contra la presidenta de la Comunidad de Madrid, Isabel Díaz Ayuso.

33. Informe «*Malicious uses and abuses of Artificial Intelligence*», pág. 53.

34. Los sistemas KYC (del inglés *know your costumer*, traducido como «conozca a su cliente») son procesos de identificación utilizados principalmente por entidades financieras.

35. SCHIK, Nina, «*Deepfakes: The coming infocalypse*», Ed.Twelve, 2020.

cuentas ya han comenzado a utilizar la IA para mejorar sus ataques y maximizar sus resultados.

Etimológicamente, el acrónimo *deepfake* deriva de la combinación de los vocablos *deep* (profundo, en referencia al sistema de IA empleado) y *fake* (falso), aunque en español se abre paso el empleo de los términos «ultrafalsificación» o «representación sintética», por tratarse de contenidos obtenidos mediante procedimientos informáticos. Tras las Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo a la entonces Propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial el 14 de junio de 2023 (P9 TA (2023) 0236) por «ultrafalsificación» se entiende «*un contenido de sonido, imagen o vídeo manipulado o sintético que puede inducir erróneamente a pensar que es auténtico o verídico, y que muestra representaciones de personas que parecen decir o hacer cosas que no han dicho ni hecho, producido utilizando técnicas de IA, incluido el aprendizaje automático y el aprendizaje profundo*»³⁶, tal como hoy recoge en términos similares el art. 3 del nuevo Reglamento (UE) 2024/1689 en su apartado 60 con el nuevo término de «ultrasuplantación»³⁷.

La creación de ultrafalsificaciones o *deepfakes* se realiza mediante Redes Adversarias Generativas o redes GAN, y son el resultado de lo que la Enmienda 101 a la Propuesta de Reglamento de IA denominó «modelos fundamentales generativos». Son modelos entrenados con cantidades ingentes de datos para la obtención de resultados concretos, que pueden convertirse en aplicaciones de gran lesividad para algunos derechos fundamentales por la distorsión fraudulenta de sus capacidades emergentes.

Estos modelos pueden utilizarse para tareas muy diversas y generar resultados de alta calidad sin necesidad de recibir nuevos *inputs* para la red de coste, ya que son capaces de recolectar sus propios datos de Internet, como sucede con *Chat GPT*, *Dall-E*, *Stable Diffusion* y otras aplicaciones para editar y crear imágenes a partir de descripciones textuales como *Neocortex*, *Midjourney*, *Reface*, *FacePlay*, *FaceJoy*, *Deep Nostalgia*, *Deep Face Lab*, etc.

Dentro de la propia sofisticación que rodea a la IA, la explicación de su funcionamiento es aparentemente sencilla, pues se basan en un generador y un discriminador para el tratamiento de datos. Mientras que el primero crea el docu-

36. Enmienda 203, Propuesta de Reglamento, al art. 3 párrafo 1 - punto 44 quinquies (nuevo). Es una definición similar a la que para *deepfakes* emplea el documento del Parlamento Europeo «*Tackling deepfakes in European policy*» (julio 2021), pág. 1.

37. En el artículo destinado a definiciones se entiende por «*ultrasuplantación: un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeja a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos*».

mento audiovisual, el discriminador intenta distinguir entre el documento generado y el real, enviando un input al generador para mejorarlo, por lo que se retroalimenta de sus propios errores como muestra de su enorme capacidad de aprendizaje.

Así pues, para crear una *deepfake* bastará con que el usuario fije cuál es el resultado que desea obtener, creando un conjunto de datos de entrenamiento (imágenes, sonidos o vídeos) en la base de la cual se nutren, que se combinarán de forma aleatoria en la red generadora hasta que la aplicación de aprendizaje profundo (*Deep Learning*) genere el contenido final³⁸. Como establece el Reglamento (UE) 2024/1689 en su Considerando (12), «*la capacidad de inferencia de un sistema de IA trasciende el tratamiento básico de datos y permite el aprendizaje, el razonamiento o la modelización*».

De este modo, técnicas como la del reemplazo facial, usadas básicamente con fines pornográficos, de extorsión y estafa, han ido ganando adeptos por la facilidad de su acceso, al proliferar por Internet determinados software de esta clase de IA generativa, tal como en septiembre de 2023 puso de relieve en España el conocido como «*caso de Almendralejo*».

En ese caso, hasta un total de veintiséis menores, algunos de ellos inimputables por tener una edad inferior a catorce años, fueron objeto de una investigación por parte de la Fiscalía de menores por falsear y crear imágenes de desnudos de una veintena de niñas mediante una aplicación gratuita de IA³⁹. Los menores utilizaron una *app* llamada *ClothOff* («tela fuera») para crear una serie de desnudos que posteriormente difundieron por *Whatsapp* y las redes sociales en una acción que podía ser constitutiva de varios delitos. El día 09/07/2024 se hizo pública la sentencia de conformidad por la que el Juzgado de Menores de Badajoz impuso una medida de libertad vigilada durante un año a quince de aquellos menores, por sendos delitos de pornografía infantil (art. 189 Código Penal) y de atentado contra la integridad moral (del art. 173. 1 CP), incluyendo además una serie medidas de reeducación sexual y del buen uso de las tecnologías.

38. Al respecto vid. LACRUZ MANTECÓN, M. L., «Regreso a Blechtle Park: ¿Es la Inteligencia Artificial una innovación segura?», *Diario La Ley Ciberderecho*, núm. 78, 17 de noviembre de 2023 (edición digital). BLÁZQUEZ MORENO, R., «Deepfakes en el procedimiento probatorio», ob. cit., págs. 228 - 232.

39. <https://wwwelperiodicoextremadura.com/extremadura/2023/09/25/fiscalia-menores-investigara-caso-desnudos-almendralejo-92528951.html>; (último acceso: 16/07/2024). <https://elpais.com/sociedad/2023-10-03/el-caso-de-los-desnudos-con-ia-de-almendralejo-se-dispara-26-menores-implicados-y-21-ninas-afectadas.html> (último acceso: 16/07/2024).

3. La proposición de Ley Orgánica de regulación de las simulaciones de imágenes y voces de personas generadas por medio de la Inteligencia Artificial

Casos como el precitado de Almendralejo, exponente de la proliferación de las *deepfakes* y de sus efectos dañinos, unidos a las recomendaciones de algunos de los documentos e informes institucionales citados anteriormente acabaron concienciado de la necesidad de acometer en nuestro ordenamiento jurídico una regulación de estas prácticas para establecer sus límites y sanciones. Así, la percepción de esta nueva realidad ante el avance imparable de los modelos de IA generativa, sirvió de base al Grupo Parlamentario SUMAR para presentar el 10 de octubre de 2023 en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica (122/000011) destinada a regular estas simulaciones generadas mediante Inteligencia Artificial por su intromisión en los derechos fundamentales⁴⁰. Dicha iniciativa fue retirada de su tramitación el 15 de marzo de 2024, aunque a ello le siguió la presentación de una nueva Proposición de Ley Orgánica (122/000073) de idéntico nombre y contenido el 22 de marzo de 2024⁴¹.

En su Exposición de Motivos la Proposición de Ley Orgánica menciona los retos y problemas derivados de la laguna legal existente ante una tecnología que es tan capaz de difuminar de forma artificial y sencilla la barrera entre lo real y lo falso, con el consiguiente daño a la privacidad y a la propia imagen sin el consentimiento de las personas afectadas.

Por su ya comentada utilización mayoritaria para fines pornográficos, estas ultrafalsificaciones presentan un evidente sesgo de género, a la vez que suponen «una nueva y peligrosa forma de violencia sexual». De ahí que partiendo de la doctrina establecida en la STEDH de 15 de enero de 2009 (*Caso Reklos y Davourlis c. Grecia*), que reconoce la imagen como una de las características de la personalidad de cada individuo, su protección efectiva presupone el previo consentimiento del mismo, ya que se trata de uno de los componentes esenciales de su desarrollo personal.

La E. de M. de esta Proposición de Ley Orgánica recuerda que «*la Unión Europea confía a los Estados miembros la persecución del mal uso de este tipo de tecnologías*», siendo esta la razón por la que al reconocerse las *deepfakes*

40. Proposición de Ley Orgánica de regulación de las simulaciones de imágenes y voces de personas generadas por medio de la inteligencia artificial (122/000011), *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie B, 13 de octubre de 2023, núm. 23 - 1, págs. 1 a 10.

41. Proposición de Ley Orgánica de regulación de las simulaciones de imágenes y voces de personas generadas por medio de la inteligencia artificial (122/000073), *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie B, 22 de marzo de 2024, núm. 85 - 1, págs. 1 a 10.

como un producto de alto riesgo se considera necesario reforzar desde el punto de vista normativo la protección de los derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad. En síntesis, del conjunto de medidas de la Proposición de L.O. para la regulación de los contenidos sintéticos creados mediante la IA cabe destacar la modificación o la creación de las siguientes normas:

- a) la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual⁴², para incorporar como infracción muy grave la difusión de imágenes o vídeos generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de Inteligencia Artificial sin la previa autorización o consentimiento expreso de la persona o personas objeto de las *deepfakes*, con la excepción de que se incluya de forma clara y sobreimpresa la advertencia de que se trata de una imagen generada artificialmente por IA. Similar disposición se establece respecto a los contenidos de audio, con la única salvedad de que en esos casos la advertencia de que han sido creados por sistemas de IA deberá realizarse inmediatamente tanto antes como después de la reproducción de la voz o del sonido.
- b) La L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, al establecer que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en dichos derechos fundamentales la difusión y utilización de imágenes, vídeos o audios generados mediante IA, excepto cuando se etiqueten con las advertencias ya señaladas de su origen artificial (art. 7 al que se adiciona el apartado 9).
- c) El Código Penal (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre) mediante la introducción de un nuevo art. 208 bis por el que se considerará delito de injuria «*la acción que, sin autorización y con ánimo de menoscabar el honor, fama o dignidad o la propia estimación de una persona, recrease mediante sistemas automatizados, software, algoritmos o inteligencia artificial para la pública difusión su imagen corporal o audio de voz*». A su vez, la persecución penal de las *deepfakes* se refuerza con la propuesta de adición de un segundo párrafo al art. 211 C.P., conforme al cual la difusión a través de las redes sociales de dichos contenidos digitales creados por IA tendrá la consideración de injurias realizadas con publicidad, salvo que conste la autorización previa y expresa de las personas afectadas.
- d) La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, mediante la adición a su art. 727 de una medida cautelar específica para la retirada de las si-

42. Art. 157, al que se adicionan los apartados 17 y 18.

mulaciones de imágenes, vídeos o voces de personas generados mediante sistemas de IA a petición de la persona afectada o de sus representantes.

- e) La Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales (L.O. 3/2018, de 5 de diciembre), con la propuesta de introducción de un nuevo art. 22 bis para extender la aplicación de dicha norma a los datos personales generados por sistemas de IA que sean difundidos públicamente.
- f) La Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero), para incluir en su art. 5 como actos de engaño y conducta desleal la utilización en comunicaciones comerciales de ultrafalsificaciones generadas por IA o la modificación de apariencias corporales utilizadas en dichas comunicaciones mediante sistemas de procesamiento de imagen sin una advertencia clara y expresa de su origen.
- g) La L.O. de Régimen Electoral General (L.O. 5/1985, de 19 de junio), mediante la introducción de un art. 144 bis para recoger y sancionar como delito la distribución maliciosa o sin autorización durante los procesos electorales, de imágenes y voces generadas mediante IA de las personas candidatas a las elecciones, desde la convocatoria del proceso electoral hasta una vez que hubiera finalizado la jornada de votación.

Como colofón a este elenco de medidas la Proposición de L.O. contra las *deepfakes* plantea la creación de órganos como el Consejo de Participación Ciudadana para la supervisión y evaluación de la IA (Disposición adicional primera), y del Consejo Consultivo sobre el uso de esta tecnología (Disposición adicional segunda), elegido por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta del Consejo de Ministros, entre especialistas en esta materia con la función de velar por el desarrollo normativo de las iniciativas legislativas necesarias para la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

4. A modo de epílogo

Ante el panorama expuesto es preciso reconocer la oportunidad y el acierto de esta Proposición de Ley Orgánica, como respuesta al considerable auge que ha adquirido el uso malicioso de las *deepfakes* y al vacío normativo todavía existente.

El Derecho debe ofrecer respuestas concretas y medidas eficaces para garantizar la seguridad jurídica. En cuanto creaciones tecnológicas, y aunque no siempre deban ser consideradas negativas o perjudiciales, dados otros posibles

usos lícitos para los que pueden servir (fines publicitarios, educativos...), las recomendaciones para una IA fiable obligan a adoptar las debidas precauciones frente a un producto al que su empleo ilícito ha convertido en una de las más poderosas herramientas de manipulación, desinformación y de fraude existentes hoy en el mundo digital en el que vivimos.

En la Primera Cumbre Mundial sobre Inteligencia Artificial celebrada en *Blechley Park* ya se reclamó la necesidad de dotarse urgentemente de un marco normativo frente a los riesgos de la IA, tras la seria advertencia entre los asistentes de que estamos jugando con la tecnología como un niño juega con una bomba⁴³.

5. Bibliografía

- BARONA VILAR, S., «Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la *Smart Justice*», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BARONA VILAR, S., «Inteligencia Artificial o la algoritmización de la vida y de la Justicia: ¿solución o problema?», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019.
- BLÁZQUEZ MORENO, R., «Deepfakes en el procedimiento probatorio», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2023, núm. 3.
- CANO FERNÁNDEZ, S., «El «deepfake» en los documentos audiovisuales: un reto para la valoración de la prueba», *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero 2024.
- CATERINI, M., «El sistema penal en la encrucijada ante el reto de la Inteligencia Artificial», *Revista de Internet, Derecho y Política*, IDP, núm. 35, marzo de 2022.
- CORTINA ORTS, A., «Ética de la inteligencia artificial», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2019.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «“Justicia predictiva”, interpretación matemática de las normas, sentencias robóticas y la vieja historia del “Justizklavier”», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 80.
- DÍAZ CAPPA, J., «Diálogos para el futuro judicial. La Inteligencia Artificial y su impacto en el proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 10120, 28 de julio de 2022.
- ESPARZA LEIBAR, I. y FERNÁNDEZ GALARRETA, F.J., «Sin datos de carácter personal no hay Inteligencia Artificial. Reflexiones en torno a la Inteligencia Artificial y los datos en la Justicia», *Diario La Ley Ciberderecho*, núm. 78, 1 de diciembre de 2023.

43. <https://www.elmundo.es/papel/futuro/2023/11/01/65422823e85ece711b8b45b0.html> (último acceso: 15/07/2024).

- GUZMÁN FLUJA, V.C., *Sobre la aplicación de la Inteligencia Artificial en la solución de conflictos (Reflexiones acerca de una transformación tan apasionante como compleja)*, en «Justicia Civil y Penal en la era global», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- LACRUZ MANTECÓN, M. L., «Regreso a Blechley Park: ¿es la Inteligencia Artificial una innovación segura?», *Diario La Ley Ciberderecho*, núm. 78, 17 de noviembre de 2023.
- MALACARNE, A., «“Profundamente falso” y “profundamente incierto”: el *deepfake* como *automated evidence* en el proceso penal. Consideraciones generales», *Revista General de Derecho Procesal*, 60 (2023).
- MARCHENA GÓMEZ, M., «Inteligencia Artificial y Jurisdicción Penal», Discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores de España, 26/10/2022.
- MIRÓ LLINARES, F., «Inteligencia Artificial y Justicia Penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm. 20, 2018.
- NIEVA FENOLL, J., «Inteligencia artificial y proceso judicial», Marcial Pons, Madrid, 2018.
- NIEVA FENOLL, J., «La prueba de los *deepkafes* pornográficos: I.A. sobre I.A.», *Diario La Ley*, núm. 10516, de 30 de mayo de 2024.
- ORTEGO PÉREZ, F., «Investigación y prueba digital de los ciberdelitos», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 2022.
- PINTO PALACIOS, F., «Justicia robótica: el caso Loomis», *Confidental*, 02/04/2018. <https://confidental.com/20180402-justicia-robotica-el-caso-loomis/>. (Último acceso: 15/07/2024).
- ROUYET RUÍZ, J. I., «Estupidez artificial. Cómo usar la inteligencia artificial sin que ella te utilice a ti», *Libros.com*, 2023. <https://jirouyet.es/project/estupidez-artificial-retos-eticos-de-la-ia/> (último acceso: 15/07/2024).
- SCHIK, Nina, «Deepfakes: The coming infocalypse», Ed.Twelve, 2020.
- SCHWAB, Klaus, «La cuarta revolución industrial», Ed. Debate, Barcelona, 2016.
- TARUFFO, M., «Judicial decisions and artificial intelligence», *Artificial Intelligence and Law*, vol. 6, n. 2 - 4, 1998.
- TURING, Alan, «Computing machinery and intelligence», *Mind*, 49.
- WORTHY CAMPBELL, Ray, «Artificial Intelligence in the Courtroom: The delivery of Justice in the age of Machine Learning», *Colorado Technology Law Journal*, vol. 18. 2, January 2019.

XVII | Los desafíos metodológicos de comparar. Nombre *versus* identidad. Semejanzas y diferencias entre dos cortes de vértice para la protección de los Derechos Humanos

Eduardo Oteiza
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de La Plata

SUMARIO: 1. NO TAN PARECIDOS, NO TAN DIFERENTES. 2. COMPARAR MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS. IDEAS TOMADAS DE PATRIK GLENN. 3. EL ORIGEN EN CONTEXTOS DIVERSOS Y POR RAZONES CASI OPUESTAS. LAS HUELLAS DE UN TRASPLANTE. ¿UNA ESPECIE DE NUEVO COLONIALISMO? 4. LAS ESTRUCTURAS REPLICADAS QUE LUEGO AVANZAN A RITMOS DISÍMILES. 5. LOS ESFUERZOS POR GARANTIZAR LA LEGITIMIDAD E INDEPENDENCIA DE AMBAS CORTES. 6. LEY, JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE PARA EL TEDH Y LA CORTE IDH. 7. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. LEJANOS ECOS DE MARBURY VS. MADISON. 8. EL PRESUPUESTO. ¿CUÁNTO ESTÁN DISPUESTOS A GASTAR EN DEFENSA DEL SISTEMA?. 9. NI BUENOS NI MALOS, SÓLO CONDICIONADOS POR DESARROLLOS NO EQUIPARABLES.

1. No tan parecidos, no tan diferentes

Trataré ciertas aparentes semejanzas y algunas nítidas diferencias entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Ambas Cortes se ubican en el ápice de la estructura de protección de los derechos humanos y tienen la última palabra sobre la lectura de las Convenciones. Las dos Cortes tuvieron una matriz común. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) replicó las disposiciones y con ellas la estructura del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH). En la creación de los dos sistemas de protección hubo, tanto en su diseño como en su evolución, una suerte de convergencia de tradiciones y culturas jurídicas. La función normativamente establecida del TEDH y de la Corte IDH es prácticamente idéntica. Desde ese punto de vista la coincidencia es plena. Por su misión ellas entablan un diálogo

de característica singulares con los tribunales nacionales de última instancia. En ambos niveles, el nacional y el supranacional, el respeto a las decisiones pasadas juega un papel de estabilidad y de aplicación igualitaria del derecho. La identidad de una corte no debe confundirse con la denominación utilizada. El parecido de los nombres puede llevar a asimilación erradas.

El enfoque aquí utilizado reacciona contra la posición que simplifica, uniforma y degrada diferencias sustanciales al realizar una asimilación construida sobre generalizaciones que parten de la premisa consistente en sostener que las cosas deben ser según los modelos originales. Cuando se habla de jurisprudencia y precedentes es usual contrastar la evolución de ciertos países de la familia del *common law* con otros de la familia del *civil law*. Repito la noción familia jurídica debido a que fue la metodología preponderante durante gran parte del siglo XX, para luego ser superada por la idea de tradiciones jurídicas, por los desarrollos funcionalistas y por el enfoque cultural, así como por los aportes que ponen el acento en la idea de descolonización. A lo cual cabe agregar que ella goza de mayor relatividad al estudiar cómo operan las instancias supranacionales que adjudican derechos.

El *droit commun legislatif* buscado, a partir del Congreso de Derecho Comparado celebrado en París en 1900 por la escuela francesa liderada por Édouard Lambert, fue la fuente que nutrió la influyente obra de René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, de 1964, que constituyó un aporte que apuntaló la idea de familias jurídicas como metodología comparada. Ella se funda en modelos o paradigmas construidos a partir de las notas principales y la evolución de los ordenamientos nacionales.

Colocar el lente en un fenómeno que trasciende las fronteras nacionales tomando en cuenta los aportes del funcionalismo, la tradición, el aspecto cultural, el contexto, los trasplantes, la armonización y el colonialismo ayuda en la tarea de intentar comprender las manifestaciones de un derecho formado por una multiplicidad de fuentes, en el cual cada una de ellas tiene grados de certeza de intensidades disímiles. Desviaría aquí el eje de la propuesta detallar cómo es posible hacer converger las líneas de comparación antes referidas a pesar de que esa interrelación de métodos constituye la premisa con la cual entiendo que corresponde realizar la comparación jurídica.

La resolución de los casos en los que intervienen el TEDH y la Corte IDH abren similares interrogantes teóricos que los que se plantean a nivel nacional. ¿En qué medida las decisiones anteriores deben ser utilizadas para resolver los casos futuros? ¿Qué relevancia se le debe asignar a los hechos que condicionaron la solución de un caso determinado? ¿Se debe hablar de obligatoriedad o de valor persuasivo de las decisiones precedentes? ¿Cuál es el peso de los hechos

que condicionan la adjudicación para asignarle un determinado grado de persuasión a lo decidido? ¿Se busca una nueva abstracción que brinde una lectura de una regla o la solución dada al caso concreto? ¿Qué valor tienen los criterios generales interpretativos que contienen los fallos al resolver casos futuros? ¿Puede hablarse de un diálogo entre jueces en la formación de un cuerpo de criterios generales sobre ciertas reglas? ¿Las decisiones judiciales forman parte de una deliberación democrática? ¿Por qué los jueces se atribuyen la última palabra sobre el sentido «verdadero» de determinadas reglas? ¿Qué margen de apreciación sobre el contenido de los derechos corresponde reconocer a los Estados cuando un caso es sometido a una instancia internacional? Esas preguntas constituyen algunos de los desafíos teóricos con respecto a qué entendemos por jurisprudencia y precedente. Sin intentar agotar las soluciones que pueden brindarse a esos dilemas desde un plano general y puramente abstracto, intentaré aquí mostrar que la comparación es útil en tanto no intente formular una narrativa sobre el origen con asunciones de dudosa credibilidad dada su indeterminación tanto en tiempo como en espacio, se prescinda del desarrollo, se omita el contexto y no se convine adecuadamente las ideas funcionales con la tradición, la cultura en la que el sistema opera y los efectos del colonialismo o las recepciones que pueden ser tomadas como efectivos trasplantes.

2. Comparar más allá de las fronteras. Ideas tomadas de Patrik Glenn

Este ensayo ha sido influenciado por un sugerente capítulo de H. Patrik Glenn titulado *Com-paring*¹. Desde el primer párrafo Glenn atrae la atención del lector. Haré una traducción libre de la primera pregunta que formula y la respuesta que ensaya²: ¿Por qué el derecho comparado fue una disciplina distinta, marginal y aburrida durante los siglos XIX y XX? Porque fue construido como algo separado del derecho mismo, como algo que venía a continuación (como el cigarrillo después del sexo, en las viejas películas). Fue marginal porque la gente está más interesada en la acción real. Fue aburrido por todo lo anterior.

Me adelanto a decir que no se trata de un mero recurso para atraer la atención. Es el umbral para el tratamiento de cuestiones desafiantes desde el punto de

1. Glenn, Patrik H., *Com-paring*, en Örçü, Esin, Nelken, David, *Comparative Law. A Handbook*, Hart Publishing, 2007, pp. 91-108.

2. Ibid. p. 91. Como se trata de una traducción libre resulta apropiado transcribir el texto original: «*Why was comparative law a distinct, marginal and boring discipline for the 19th and 20th centuries? It was because it was constructed as separate from law itself, and as something which followed it (like the cigarette after sex, in the old movies). It was marginal because people are more interested in the real action than in that which follows it. It was boring for all the above»*.

vista teórico, expuestas con una gran profundidad. Sin ninguna pretensión de sintetizar el capítulo de Glenn, enumero aquellas líneas de análisis que me han ayudado a enfrentar sugerentes retos desde el punto de vista metodológico que incidieron en el presente texto.

La primera de ellas se vincula con su decisión de titular el capítulo: *Com-paring*. Señala Glenn que la palabra *compare* proviene de la composición de otras dos: *Com*, del latín *cum* que se utiliza hoy como con, y *pare* o igual³. El parte de esa comprensión del vocablo para sostener que nada en él sugiere que el resultado resulte conclusivo y lleve a una uniformidad o asimilación. Desde su punto de vista, *com-paring* supone colocar los términos parangonados en conjunto y tratarlos como iguales, permitiéndoles convivir en armonía, sin pretender uniformidad. La búsqueda de un lazo convivencial es central en el pensamiento que Glenn expone en el trabajo. Esa idea le permite cuestionar la noción de frontera o, usando otras palabras con similar sentido, barrera o defensa.

La segunda, es que propone superar la que denomina epistemología del conflicto mediante la utilización de la epistemología de la conciliación. Para hacerlo critica el uso de la lógica aristotélica basada en el principio de no contradicción según el cual una proposición y su negación no pueden ser verdaderas. A y no A son términos que no pueden coexistir. Dicha regla conocida como *rule of excluded the middle* inhibe la posibilidad de encontrar caminos intermedios entre conceptos enfrentados. Parte de una oposición totalizante que no deja espacio para la reconciliación conceptual. Con ironía menciona como ejemplo del uso de aserciones en blanco y negro que *no puedes quedarte con tu torta y también comértela, aunque de niño te hayas preguntado, con razón, por qué no*.⁴ Para evitar el dilema tajantemente planteado acude a la que en inglés se llama *fuzzy logic*. Según Glenn ella coincide con los poco claros e imprecisos confines del mundo real, llamada también lógica multivalente, que admite la complejidad, las graduaciones y la relatividad de los varios significados. En la comparación para Glenn es necesario emplear la lógica multivalente como forma de poder acercar lo diferente y no excluirlo o ignorarlo. Para la lógica multivalente A y no A pueden ser simples elementos colocados en los extremos de un continuo de significación.

3. Corominas, Joan, Pascual, José A. *Diccionario etimológico castellano e hispánico*, Volumen IV, pág. 392 -393, Editorial Gredos, Gredos, 1984, entiende que «Parangonar» es tomado del italiano *parangonare* que viene de someter al oro a la prueba de la piedra de toque, «comparar» y éste de aguzar, afilar (frotando con algo), derivado del griego aguzar, afilar. Lo cual es solo una muestra de que una palabra puede llevarnos por una amplia variedad de sentidos.

4. Cit. nota 1, pág. 94. Transcribo párrafo en inglés: «*you cannot have your cake and eat it too, though as a child have wondered, rightly, why not*».

La tercera, se refiere a que los Estados contemporáneos demandan ser la exclusiva fuente de legalidad adentro de las fronteras de su territorio, a partir de la obediencia a la normatividad que imponen. No obstante, la naturaleza de los ordenamientos nacionales es desafiada por desarrollos de carácter transnacional que imponen el ejercicio de la convivencia como un permanente desafío, con efectos dentro del área de aparente exclusividad.

Conceptos como convivencia e igualdad entre los fenómenos a comparar, preservación de identidad, apertura a una amplia gama de diferencia y coincidencias y la perspectiva de desmaterializar los límites son los ejes que utilizaré para referirme al TEDH y a la Corte IDH. Indagar sobre similitudes y parecidos entre ambos brinda la posibilidad de analizar el fenómeno jurídico con prescindencia de la noción de Estado Nación. La idea de frontera y límite territorial adquiere una dimensión distinta producto de la supranacionalidad; constituye la nota clave de ese tipo de fenómeno normativo. Al superar los márgenes territoriales de los Estados encontramos que el fenómeno asociativo se nutre de la decisión originaria de los Estados para luego desarrollarse en un espacio que se sitúa fuera de su territorio, pero que luego vuelve sobre ellos debido a la decisión de compartir la empresa común.

3. El origen en contextos diversos y por razones casi opuestas. Las huellas de un trasplante. ¿Una especie de nuevo colonialismo?

El Consejo de Europa se creó mediante el Tratado de Londres (1949) con el objetivo de evitar que se repitieran conflictos como la Segunda Guerra Mundial, mediante la construcción de una Europa unida. Fue la respuesta a la cruel tragedia de la guerra, con su increíble secuela de muerte y destrucción. El impulso de su creación y la formación de una convención que garantizara la protección de los derechos humanos mediante el establecimiento de una estructura que tuviera la capacidad para sancionar las violaciones por parte de los Estados de los derechos reconocidos. La necesidad de adoptar una Carta de Derechos Humanos y establecer una Corte de Justicia que pueda implementar dicha normativa fue señalada en el mensaje final adoptado por la sesión plenaria del Congreso de la Haya de 1948. El CEDH, fue adoptado por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigor en 1953.

La CADH fue acordada en la Conferencia Interamericana Especializada de la Organización de Estado Americanos en 1969 y entra en vigor en 1978. Una de las características a resaltar es que el escenario internacional se encontraba dominado por la guerra fría y América Latina era epicentro de la doctrina de la seguridad nacional, que identificaba como enemigo al comunismo. Para Esta-

dos Unidos, como uno de los centros de la división bipolar entonces reinante, el auspiciar diplomáticamente la CADH era un acto simbólico en el conflicto con la entonces Unión de Repúblicas Soviéticas, el año en que el Apolo 11 permitía a Neil Armstrong y Buzz Aldrin caminar por la superficie lunar. Con escasa autonomía los Estados Americanos al adoptar la CADH, más como un alineamiento que como la fundación de un proyecto, trasplantaron la CEDH.

Las viejas colonias vuelven a reproducir un sistema diseñado para una realidad dispar. La lejanía con el poder central se manifiesta en la recepción de un diseño que es consecuencia de una visión diseminada en un determinado momento histórico que produjo nítidos alineamientos. Lo cual de ningún modo significa un demérito sino un elemento a considerar en la evolución del sistema.

4. Las estructuras replicadas que luego avanzan a ritmos disímiles

La estructura de la Convención Europea fue establecida en su art. 19. Allí, a los fines de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para los Estados miembros contratantes se instituyen una Comisión, un Tribunal y el Consejo de Ministros. Cappelletti, recordando a Thomas Hobbes en *Leviathan: Covenants without swords are but words*, concluyó que es imprescindible para una declaración de derechos contar con un adecuado sistema de protección, ya que de no poseerla la misma puede ser totalmente estéril¹⁵.

La Comisión Europea comenzó a funcionar en 1954 y el TEDH en 1959. Hasta la entrada en vigencia del Protocolo 11 (1998), que determinó que la Comisión fuera una instancia previa al TEDH, examinaba la admisibilidad de las peticiones individuales y decidía si el caso debía ser planteado ante la TEDH. Desde su primera decisión en el caso «*Law/less vs. Irlanda*» en 1961 y hasta 1998 el TEDH había resuelto 837 casos. El total de casos decididos por el TEDH al 2021 era de 20.725, en los que había encontrado al menos una violación a los derechos reconocidos en la Convención y 1996, en los que no condenó al Estado denunciado.

En 2010 las distintas formaciones del TEDH tenía pendientes unos 160.000 casos. Esa cifra fue reducida a unos 70.000 en 2021 mediante la implementación del procedimiento de sentencias piloto, el filtrado de las solicitudes y la

5. Cappelletti, Mauro, *Giustizia costituzionale soprannazionale*, en *Rivista di Diritto Processuale* 1978, núm. 1, p. 26.

tramitación de casos repetitivos sobre la base de la jurisprudencia del propio tribunal.

Esos cambios fueron acompañados por modificaciones en el funcionamiento del TEDH, manteniendo el principio de correspondencia entre el número de jueces y de Estados Parte.

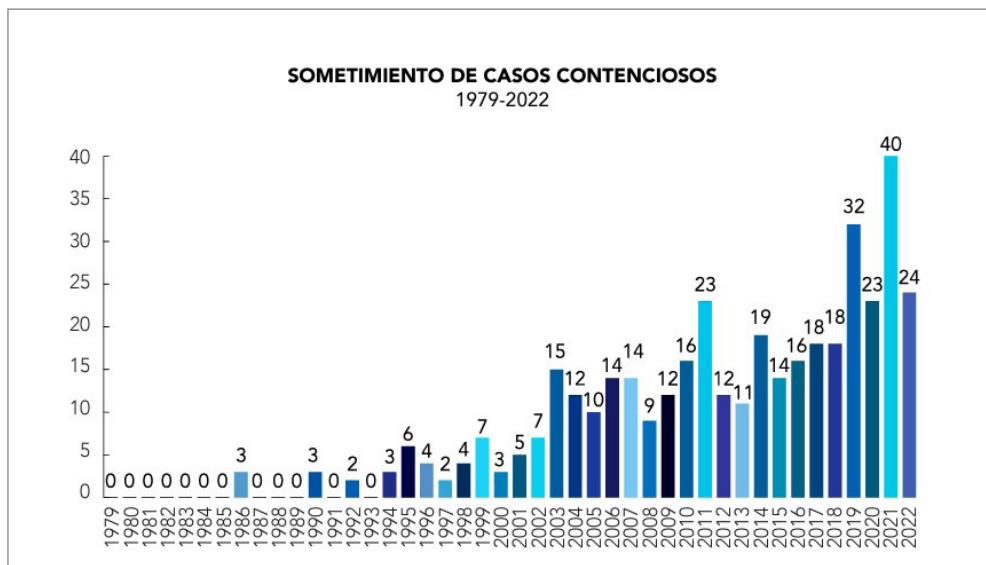
El TEDH funciona en pleno y en cinco secciones. Cada juez es asignado a una sección por un periodo de tres años, y cada sección tiene una sala compuesta por siete jueces y un comité de tres jueces. Estos comités son un elemento importante de la nueva estructura ya que se ocupan del control de admisibilidad, lo cual supone un filtrado de los casos. También se reúne en una gran sala, de diecisiete jueces. Los comités dirimen los casos que son claramente inadmisibles y sólo se ocupan de las denuncias de particulares, no de los casos interestatales. Si no llegan a adoptar una decisión unánime, el caso se remite a la gran sala, que trata los casos en los que surgen dificultades de interpretación o de aplicación de la CEDH. Además, cada parte tiene la posibilidad de pedir que el caso se remita a la gran sala durante los tres meses posteriores a la emisión de un dictamen. Desde este enfoque, la gran sala se asemeja a un tribunal de apelación. Las decisiones de la gran sala son definitivas.

En 2019 el TEDH pronunció su primera opinión consultiva emitida conforme al Protocolo N° 16, en respuesta a una solicitud del Tribunal de Casación francés. El Protocolo N° 16 fue sometido a ratificaciones el 2 de octubre de 2013. El 12 de abril de 2018, Francia depositó su instrumento de ratificación, lo cual completó los 10 países necesarios para su entrada en vigor. De esa manera fue abierta la posibilidad de que las cortes superiores europeas soliciten opiniones consultivas sobre la interpretación o la aplicación de los derechos establecidos en la CEDH.

El desarrollo de la estructura funcional del sistema interamericano fue diferente. Durante la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, en el año 1959, se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la que se le encomendó la elaboración de un proyecto de convención. Las limitaciones con qué había nacido eran notorias, ya que fue instituida por un órgano de consulta. La escasa solidez del marco jurídico por el que fue creada dio lugar a que en su primera sesión considerara que según su Estatuto no estaba autorizada a tomar decisiones fundadas en denuncias de particulares, las que solamente serían tenidas en cuenta para ayudar a los Estados al mejor cumplimiento de sus obligaciones en el campo de los derechos fundamentales. Tal criterio no fue un impedimento para que ella utilizara las presentaciones individuales a los fines de conocer determinados he-

chos, que luego servirían en la preparación de los informes sobre la situación en las distintas naciones.

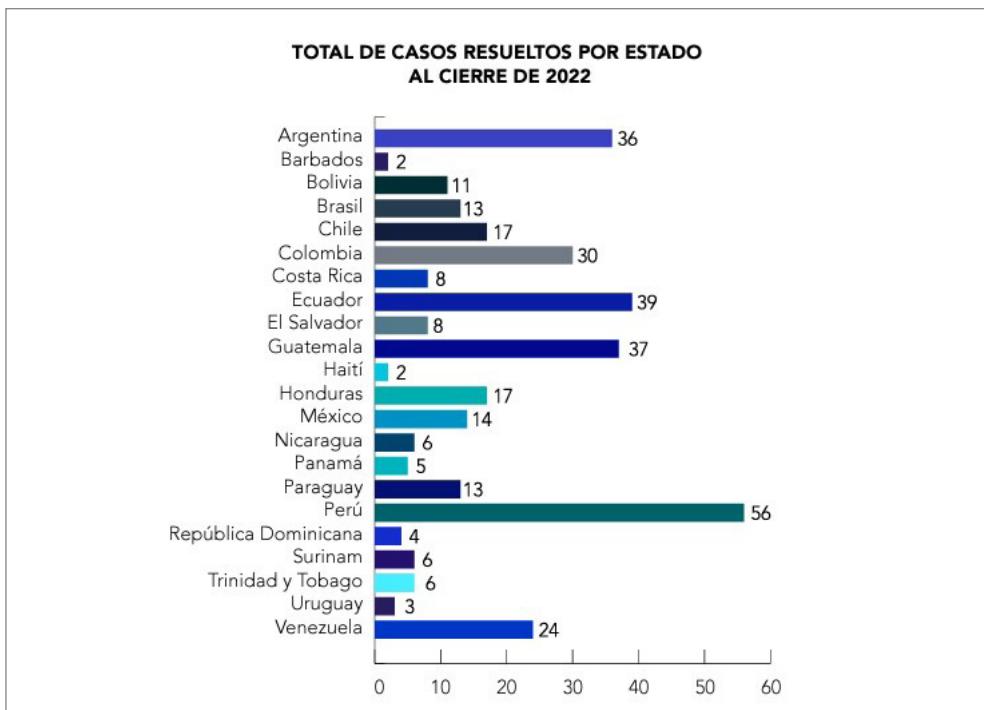
La Conferencia Interamericana de Río de Janeiro, dio nueva fuerza a la Comisión, al disponer por resolución XXII que ella estaba facultada para examinar las comunicaciones que les remitieran quienes denunciaran una violación a la CADH y dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados americanos en demanda de informaciones, así como para formularles recomendaciones a fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos de los humanos. El número de peticiones tratadas por la Comisión va en un rango de 435 en 1997, 1456 en 2007, 2484 en 2017 y 2327 en 2021. Tomando los mismos años la cantidad de casos sometidos por la Comisión Interamericana a la Corte IDH son: 2 en 1997, 14 en 2007, 17 en 2017 y 40 en 2021. El siguiente cuadro muestra el número de casos contenciosos sometidos a la Corte IDH desde su constitución⁶.



La Corte IDH se encuentra integrada por 7 jueces y no ha variado sustancialmente su proceso de decisión desde su establecimiento. El total de casos contenciosos resueltos desde su primera sentencia dictada en «*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*», de 1989, asciende a 357, según da cuenta el siguiente cuadro⁷:

6. Ver los informes de la Comisión Interamericana en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/IA.asp>

7. Ver en https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm



A diferencia del TEDH la Corte IDH emitió 29 opiniones consultiva. Por ese medio, la Corte IDH responde a consultas formuladas por los Estados miembros, o a determinados órganos de la OEA, acerca de la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, la Corte IDH puede emitir su Opinión sobre la compatibilidad de las normas internas y los instrumentos del Sistema Interamericano, según el de la CADH y el Reglamento de la Corte.

5. Los esfuerzos por garantizar la legitimidad e independencia de ambas cortes

En el ámbito del Consejo de Europa se creó el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), para reforzar la independencia e imparcialidad de los jueces en Europa, en 1999. En su primer informe el CCJE entendió que debido a la repercusión que tiene en los Estados miembros la interpretación que realizan los jueces internacionales sobre el Convenio Europeo, lo cual impone consolidar la confianza en los jueces y su legitimidad, razones que llevan a instar a que las condiciones de independencia e imparcialidad aconsejadas para los jueces nacionales también sean logradas para los jueces internacionales.

Entendió que como las jurisdicciones supranacionales y sus decisiones tienen una influencia creciente en los sistemas jurídicos nacionales, es imprescindible animar a los Estados miembros a respetar los principios relativos a la independencia, la inamovilidad, el nombramiento de los jueces y la duración del mandato que se les confía en instancias supranacionales⁸.

El Informe 5 reitera las posiciones desarrolladas en el Informe 1 y agrega que si bien el artículo 21 del CEDH dispone que los jueces han de gozar de la máxima consideración moral y reunir los requisitos para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos con una competencia notoria, su nombramiento no sólo debe responder a dichos criterios, sino además los elegidos deben ser los mejores candidatos posibles para dichos puestos, ya que de ello depende la integridad y la reputación del tribunal y del Convenio⁹.

De acuerdo con el artículo 22 del CEDH, los jueces del TEDH son elegidos por la Asamblea Parlamentaria, por mayoría de votos emitidos, de una lista de tres candidatos presentada por cada Alta Parte Contratante. La Asamblea Parlamentaria durante las últimas décadas ha llevado adelante sucesivas reformas al sistema de selección de los candidatos de cada Estado¹⁰.

Las Recomendaciones y Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria instaron a los Estados miembros a difundir en forma pública y abierta la convocatoria a postularse para integrar las listas, a los fines de fomentar una mayor transparencia del proceso de búsqueda de candidaturas. Fijaron estándares para la elaboración de los *curricula vitae* y determinaron que las listas debían ser presentadas en orden alfabético, para evitar que se priorizaran determinadas candidaturas, y contener la participación de ambos sexos, con el propósito de evitar discriminaciones por género. Además, la Asamblea Permanente creó un Subcomité para la elección de jueces del Tribunal Europeo (2007) y luego estableció un Panel de Expertos (2010) con competencia para asesorar sobre los candidatos propuestos.¹¹

8. Ver puntos 54 a 57 del Informe 1.

9. Informe 5, punto 4.

10. Los antecedentes pueden consultarse en Parliamentary Assembly, *Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights. Procedure for electing judges to the European Court of Human Rights. Information document prepared by the Secretariat*, en AS/Cdh/Inf (2018) 01 rev 6, del 4 de junio de 2018, acdhinfdoc01 2018 rev 6. Los cambios al sistema de selección ocurrieron como consecuencia de la entrada en vigor del Protocolo 11 (1998) que modificó la estructura del Tribunal al eliminar la Comisión de Derechos y humanos y permitió el acceso directo de las personas como efectivos sujetos de derechos.

11. El Consejo de Ministros dictó la Resolución CM/Res(2010), modificada parcialmente por la Resolución CM/Res(2014), que estableció el Panel de Expertos para el Asesoramiento sobre los candidatos a jueces para facilitar la labor de los Estados Miembros. Se trata de un proceso anterior a la propuesta de candidatos a la Asamblea. Sobre el proceso de selección de jueces a la Corte Europea ver: Lemmens, Koen, «(S)electing Judges for Strasbourg: A (Dis)appointing Process?», Kosaf, David, «Selecting Strasbourg Judges: A Critique», Von

Los Estados, y particularmente los poderes ejecutivos, han sido renuentes en cuanto a ceder competencias en la elaboración de las propuestas de candidatos a integrar las listas. La nominación de postulantes era usualmente vista como una decisión de política gubernamental no sujeta a ningún control. La invocación del carácter representativo del gobierno fue una defensa usualmente empleada para bloquear iniciativas dirigidas a abrir el proceso de elaboración de las listas de candidatos.

La significación de las decisiones tomadas por el TEDH, el incremento mayús-culo de la cantidad de casos examinados, los problemas generados por decisiones de cuestionable calidad, la visibilidad de intervenciones que fueron criticadas por la doctrina especializada, fueron incentivos que evidenciaron que resultaba ineludible implementar cambios. Avances y fracasos marcaron el desarrollo de ese proceso de transformación que lidió y todavía se enfrenta con áreas de poder que oponen una fuerte resistencia. De todos modos, la apertura del debate promovió un mejor balance entre el mérito y el imprescindible apoyo político. Con aciertos y errores las decisiones de la Asamblea y del Comité de Ministros son parte de un diálogo democrático en desarrollo.

Las deliberaciones en cuanto a la selección de jueces del TEDH contrastan con lo ocurrido en el sistema interamericano. Según la CADH los siete miembros de la Comisión son elegidos a título personal por Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.

Cada uno de los gobiernos puede proponer hasta tres candidatos nacionales, uno de los cuales deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente¹². Los siete jueces de la Corte IDH son elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos¹³, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de la Asamblea General, de una lista de candidatos propuestos por los Estados. Las listas pueden contener tres propuestas, pero en ese caso por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente¹⁴.

Boddandy, Armin, Kernn, Christoph, «On Democratic Legitimacy of Europe's Judge. A Principled and Comparative Reconstruction of the Selection Procedures».

12. Arts. 36 y 37.

13. Art. 52.

14. Art. 53.

La Asamblea de la OEA invitó a los Estados a tener en cuenta los puntos de vista de las organizaciones de la sociedad civil a fin de contribuir a presentar las mejores candidaturas para ocupar los cargos en la CIDH y la Corte IDH. Y reitero al momento de presentarse una candidatura, debían publicarse los *curricula vitae* de los integrantes de cada lista, a fin de que los Estados Miembros y la sociedad civil en general estén adecuadamente informados sobre su perfil¹⁵.

En la práctica sucede generalmente que los Estados no realizan un proceso de difusión sobre la recepción de postulantes, limitándose a proponer un solo candidato que cuenta solamente con el aval del poder ejecutivo. Es muy poco habitual que el Estado realice consultas con algunos actores de la sociedad civil. Una vez realizada la propuesta el Estado proponente busca el respaldo de otros Estados, por intermedio de consultas y reuniones bilaterales con las misiones permanentes de otros Estados ante la OEA.

El sistema de selección carece de transparencia, es marcadamente confidencial, no fomenta tomar decisiones en base al mérito y los antecedentes de los candidatos, además de carecer de un balance razonable entre la representatividad y otros criterios objetivos de apreciación de la capacidad del postulante¹⁶.

La situación es particularmente preocupante ya que deslegitima a la Corte IDH lo cual contrasta con la invocación que realiza de su capacidad de señalar una lectura vinculante de la CADH, mediante la doctrina del control de convencionalidad: Posición que requiere contar con un fuerte respaldo basado en procesos de designación que garanticen la idoneidad y la independencia. La ausencia de un proceso adecuado de selección resta legitimación a los jueces elegidos.

6. Ley, jurisprudencia y precedente para el TEDH y la corte IDH

El TEDH ha elaborado un concepto de legislación según la calidad de las normas, con independencia de los procedimientos fijados para su adopción por el

15. AG/RES. 2120 (XXXV-O/05), Presentación de los candidatos y candidatas para integrar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 Junio 2005; AG/RES. 2166 (XXXVI-O/06), Presentación pública de los candidatos y candidatas para integrar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 Junio 2006.

16. Sobre el proceso de selección de los jueces de la Corte IDH ver TORRES PÉREZ, Aida, *La independencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde una perspectiva institucional*, (2013). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 121.

http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/121. Consultar también CEJIL, Los Debates sobre el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Democracia.

Memoria Histórica del Proceso de Reflexión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 2011/2014, Buenos Aires, 2014.

derecho interno de los Estados parte del Consejo de Europa. Las nociones de ley, derecho y legalidad fueron elaboradas por el TEDH en forma autónoma e independiente de lo dispuesto por los sistemas nacionales.

Como toda limitación o interferencia a los derechos garantizados por la CEDH debe ser establecida por la ley resultó imperativo precisar su contenido. El TEDH requiere que la normatividad debe ser razonablemente conocida y previsible¹⁷. La elaboración del concepto por el TEDH se encuentra en el caso de *The Sunday Times vs. Reino Unido*¹⁸, en el que determinó que había habido una interferencia con el derecho a la libertad de expresión y una violación del artículo 10 de la CEDH.

El TEDH observó que la palabra «ley» en la expresión cubre también leyes y derechos no escritos, y suponía al menos dos requisitos¹⁹. El primero, que la ley debía ser suficientemente accesible, permitiendo al ciudadano estar en condiciones de saber que rige en las circunstancias de las normas jurídicas aplicables a un caso dado. En segundo lugar, una norma no puede ser considerada «ley» a menos que esté formulada con precisión suficiente para permitir que el ciudadano regule su conducta, para estar en condiciones —de ser necesario, con el asesoramiento debido— de prever en un grado razonable en las circunstancias las consecuencias que puede comportar una acción determinada. Esas consecuencias no necesitan tener una previsibilidad que brinde absoluta certeza ya que la experiencia demuestra que eso es imposible. Por tanto, si bien la certeza es altamente deseable, puede traer consigo una rigidez excesiva y la ley debe estar en condiciones de seguir el ritmo de circunstancias cambiantes. En consecuencia, muchas leyes están inevitablemente redactadas en términos que, en mayor o menor medida, son vagos, y cuya interpretación y aplicación son cuestiones de práctica.

Cabe preguntarse entonces por los efectos de las decisiones sobre casos futuros de la jurisprudencia o de los precedentes de los tribunales nacionales, ya se trate del vértice o de los diversos niveles en que se estructuran. En el caso *Beian vs. Rumania*²⁰ el TEDH reconoció la relevancia de contar con una práctica que

17. Ver en especial Zagrevelsky, Vladimiro. «Le corti supremi nazionali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell' uomo», en Besso, Chiara, Chiarloni, Sergio, *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Turín, 2012, pp. 26-31.

18. ECHR 1, (1979-80) 2 EHRR 245, (1979) 76 LSG 328, IHRL 21 (ECHR 1979), ver en especial párrafo 47.

19. En la lengua de la sentencia: *The Court observed that the word «law» in the expression «prescribed by law» covers not only statute but also unwritten law.*

20. Del 6.12.2007. Ver los párrafos: § 37 y § 39. En el párrafo § 37 sostuvo que las divergencias en el *case-law* son inherentes y una consecuencia de cualquier sistema judicial basado en una red de cortes de primera y segunda instancia. No obstante el rol de las supremas cortes es precisamente resolver esos conflictos (*Zielinski y Pradal y Gonzalez vs. Francia/GC*, números 24846/94 y 34165/96 a34173/96, § 59, ECHR 1999 VII)...». En el § 39 la

brinde coherencia a la jurisprudencia y otorgue la buscada *legal certainty*, para lograr la uniformidad y estabilidad necesaria sobre el alcance de los derechos fundamentales, lo cual muchas veces colisiona con la idea de evolución jurídica, producto de los referidos contrastes.

Para el TEDH hay una asimilación de los precedentes a la ley, de allí que les exija a las cortes supremas europeas procurar solucionar las inconsistencias interpretativas al entender que los criterios jurisprudenciales constituyen una fuente normativa en interferencia con los derechos fundamentales.

La jurisprudencia de la Corte IDH no ha elaborado el concepto de ley ni contiene un desarrollo similar al de su par europea en cuanto al recaudo de uniformidad y consistencia de la jurisprudencia.

En la Opinión Consultiva 6 de 1986²¹ la Corte IDH intervino para pronunciarse sobre la expresión «leyes», contenida en el art. 30 de la CADH, que establece que las restricciones permitidas al ejercicio de los derechos reconocidos no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y según el propósito para el cual han sido establecidas. El criterio empleado por la Corte IDH consistió en aceptar las limitaciones legales siempre que se trate de una norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el poder ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado²². Se adopta así un concepto procedural de ley y en cierta medida formal que contrasta con el del TEDH. La ausencia de una posición sobre la jurisprudencia o precedente llama la atención, máxime cuando ella adopta la doctrina del control de convencionalidad.

7. El control de convencionalidad. Lejanos ecos de *Marbury vs. Madison*

Con la elaboración de la doctrina del control de convencionalidad la Corte IDH se reservó la última palabra sobre la interpretación de la CADH y, además, se pronunció sobre la «obligatoriedad» de sus decisiones para todos los jueces nacionales. La citada doctrina sostiene que resulta imperativo para los

Corte Europea entendió que si la máxima autoridad judicial falla en su función de brindar *legal certainty*, principio que se encuentra implícito en la Convención y constituye uno de los elementos del *rule of law* (*Baranowski v. Poland*, no. 28358/95, § 56, *ECHR 2000 III*) puede generar incertezza y dañar la confianza en el sistema judicial.

21. Opinión Consultiva OC-6/86, del 09.05.1986, *La expresión «leyes» en el art. 30 de la Convención Interamericana sobre derechos humanos*.

22. *Ibid* § 27.

jueces de los Estados miembros del sistema interamericano, de oficio y sin necesidad de petición de parte, seguir los criterios de interpretación elaborados por ella.

La Corte IDH argumentó en una serie de decisiones consolidadas que el control de convencionalidad surge de la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio (art. 1), en conjunción con el deber de los Estados de adoptar las medidas legislativas, o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2º). Los jueces al formar parte del Estado son directamente responsables para la Corte IDH de aplicar la Convención y de controlar toda normativa interna a la luz del tratado y de la jurisprudencia por ella elaborada. Sobre esa base expande el significado literal de las disposiciones convencionales para constituirse en el intérprete final de la Convención. De ese modo, sus lecturas sobre la convención alcanzan no solamente al caso concreto, sino que tiene efectos sobre los jueces internos de los Estados en todos sus niveles, con lo cual puede hablarse de un efecto vertical, en cuanto propone que deben seguir sus interpretaciones. La aplicación del control de convencionalidad no debe pasar por ningún filtro previo y son exigibles a todas las instancias jurisdiccionales, entendido este último término con un amplio alcance.

La formulación del estándar de control de convencionalidad resulta sugerente desde el punto de vista interpretativo y muestra la decisión de la Corte IDH de colocarse frente a los Estados en una situación de control sobre la correspondencia de los sistemas legales y constitucionales, y las acciones tomadas en el ámbito interno, con la CADH, que tiene una formulación abierta en el plano preceptivo. El análisis sobre su alcance debe prestar atención a los sucesos ocurridos en los casos en los cuales la Corte IDH decidió elaborar su doctrina.

La Corte IDH fundó su doctrina sobre el control de convencionalidad²³ en el caso «Almonacid Arellano vs. Chile»²⁴. Los hechos del caso se vinculaban el dictado por los gobiernos militares de leyes de autoamnistía que condicionaron la capacidad de los gobiernos democráticos de investigar los crímenes ocurridos durante las dictaduras. Se trataba de una cuestión central en el período

23. Un análisis más detallado sobre el control de convencionalidad y sus implicancias ha sido desarrollado en: Oteiza, Eduardo, «La doctrina de la Corte Interamericana referida al control difuso de convencionalidad ex officio» en «*Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*», Turín: Edizioni Scientifiche italiane, 2012, pág. 33 y ss., citado en nota 17.

24. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123-124.

de transición y consolidación democrática inaugurado entrada la década del ochenta en América Latina. En particular, estaba en juego examinar el cruel fenómeno de la desaparición forzada de personas, instaurado por gobiernos autocráticos, nacidos en su mayoría de golpes militares.

Se discutía en el proceso que terminó por llegar a la Corte IDH la convencionalidad del Decreto Ley 2191 (1978) del gobierno de facto del dictador Pinochet que concedió una amnistía general a las fuerzas armadas chilenas. Los hechos del caso revelan la dimensión crucial del problema abordado por la Corte IDH.

Sobre el fondo del conflicto la Corte IDH resolvió que Chile estaba obligada a asegurar que el Decreto Ley No. 2.191 de autoamnistía no debía seguir representando un obstáculo ni para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano ni de otras de violaciones similares acontecidas en Chile y, en su caso, el castigo de los responsables. La Corte IDH en la etapa de supervisión de sentencia concluyó que Chile debe asegurar que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile²⁵ y reconoció las acciones tomadas para investigar las violaciones denunciadas.

Al desarrollar su interpretación sobre el control de convencionalidad sostuvo que el artículo 2º de la Convención: «... *tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, el Poder Judicial tiene la obligación de garantizar la efectividad de sus disposiciones y de proteger a los individuos de la violación de sus derechos humanos.*

25. Ver resolución de supervisión del 18 de noviembre de 2020 en https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/almonacid_18_11_10.pdf

vención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...».

La Corte IDH se pronuncia sobre dos cuestiones trascendentales. La primera es que los jueces deben aplicar la CADH a los efectos de controlar si las normas internas son compatibles con ella. Denomina expresamente a esa acción «control de convencionalidad». La obligación internacional de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos humanos (art. 2), íntimamente relacionada con la de respetar los derechos (art. 1.1), debe ser controlada por los jueces por intermedio del control de convencionalidad, con fundamento en el principio de buena fe y la restricción de no invocar el incumplimiento por disposiciones de derecho interno (arts. 26 y 17 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969). La segunda es que al hacerlo deben seguir tanto la CADH como la interpretación que la Corte IDH realiza de sus disposiciones. Sin mayores desarrollos se pronuncia sobre la obligatoriedad vertical de sus precedentes.

En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*²⁶ profundiza lo decidido en *Almonacid Arellano vs. Chile*, al agregar que el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH debe ser realizado por todos los órganos del Poder Judicial *ex officio*, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Bajo esta doctrina se erige como una función jurisdiccional inexcusable el ejercicio de oficio de un efectivo y adecuado control para abastecer la convencionalidad de todo proceso judicial.

De la secuencia de precedentes sobre el control de convencionalidad agrego por su significación el caso *Gomes Lund («Guerrilha do Agaguaia) vs. Brasil*, de noviembre de 2010²⁷, en la que declaró que la ley de amnistía 6.683/79 carecía de efectos jurídicos y no podía seguir representando un obstáculo para la

26. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24.11.2006. Serie C No. 158, párr. 128..

27. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf

investigar la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas relacionada con las operaciones del Ejército brasileño emprendidas entre 1972 y 1975 con el objeto de erradicar a la Guerrilha do Araguaia.

Cabe recordar que meses antes del pronunciamiento de la Corte IDH el Supremo Tribunal Federal de Brasil había declarado improcedente, por siete votos a dos, la acción de incumplimiento planteada con la finalidad de investigar los hechos al considerar que la Ley de Amnistía 6683 al entender que representó, *en su momento, una etapa necesaria en el proceso de reconciliación y redemocratización del país y que no se trató de una autoamnistía*. La Corte IDH entendió que era competente para realizar el control de convencionalidad entre la ley de amnistía y la CADH, en forma contraria a lo sostenido previamente por el Supremo Tribunal Federal.

En noviembre del 2011 Brasil creó por ley una Comisión Nacional de la Verdad (CNV) encargada de investigar las violaciones a los derechos humanos cometidos por durante la dictadura militar (1964-1985), sin facultades para aplicar penas, lo cual significa un cumplimiento parcial de la sentencia dictada en *Gomez Lund*²⁸, *dado que la Corte IDH había condenado a Brasil a conducir eficazmente ante la jurisdicción ordinaria una investigación destinada a esclarecer los hechos y determinar las correspondientes responsabilidades penales*. La CNV de Brasil presentó a la presidencia del gobierno de Brasil el 10 de diciembre de 2014, *los resultados de la investigación realizada para aclarar las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el periodo comprendido entre 1946 y 1988*²⁹. En la resolución sobre supervisión del caso, del 17 de octubre de 2014, la Corte IDH declaró que la Ley de Amnistía continúa siendo un obstáculo para la investigación de los hechos, y para la eventual sanción y castigo de los responsables.

Es evidente que la sentencia de la Corte IDH abordó un tema de máxima sensibilidad que supone la revisión del proceso de transición con múltiples efectos sobre Brasil.

La cultura angloamericana ha sido muy activa en la discusión sobre las facultades interpretativas de los jueces. Tribe³⁰ recuerda que se debate sobre el poder del juez de avanzar sobre el texto de la ley desde que el obispo Benjamín Hoadly le comentó al Rey de Inglaterra en 1717 que quienquiera que posea una absoluta autoridad para interpretar una ley escrita es el verdadero legisla-

28. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14.pdf

29. Puede ser consultado en español en <https://eusal.es/eusal/catalog/book/978-84-9012-743-8>

30. Tribe, Lauren, *God save this Honorable Court*, Cambridge, 1985, pág. 41.

dor y no quien primero la redactó. En Estados Unidos la Corte Suprema inauguró en 1803 el control de constitucionalidad en el famoso caso *Marbury vs. Madison*³¹. Allí Marshall, ante las difíciles circunstancias políticas que enfrentaba, decidió que el último interprete constitucional era la Corte Suprema; ella debía analizar la correspondencia de los actos de los otros poderes con la Constitución. Los argumentos de Marshall, al justificar las razones que dotaban a la Corte Suprema del poder de fijar la lectura de la Constitución, deben ser leídos junto con la aceptación que los actores políticos y la sociedad de los Estados Unidos desarrolló sobre el respeto al papel de la Corte Suprema como máximo intérprete constitucional.

El prestigio de la Corte Suprema constituyó el soporte necesario para la consolidación del judicial review. Holmes³² sostenía que la vida de la ley no ha sido lógica sino experiencia...«consiste en las necesidades sentidas de un tiempo, la moral prevaleciente y las teorías políticas, reconocidas o inconscientes, así también los prejuicios que los jueces comparten con otros hombres han tenido mucho más influencia que el silogismo en la determinación de las reglas sobre las cuales los hombres deben ser gobernados. La ley representa el desarrollo histórico de una Nación por muchos siglos y no puede ser tratada sólo como axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber qué es debemos saber qué ha sido y qué intenta ser». Esa posición se inscribe en una cultura jurídica como la angloamericana que deposita una gran confianza en sus jueces y en la adjudicación sobre la base de los hechos del caso.

La referencia al nacimiento del control de convencionalidad permite sostener que además de las lecturas estrictamente normativas debe examinarse el contexto político y social en el que se desarrolla, en el cual tiene gran incidencia el grado de confianza depositada en los jueces para acompañar los cambios sociales.

Es posible trazar un paralelo entre aquel delicado momento político de los Estados Unidos en el cual Marshall construyó las bases para el control de constitucionalidad en *Marbury vs. Madison*³³, en 1803, y las dificultades de América Latina para lograr dotar de efectividad a la CADH. La Corte IDH frente a problemas tan trascendentales como las leyes de auto amnistía o las violaciones de los derechos humanos como consecuencia de la guerra planteada por México contra el narcotráfico se pronuncia en favor del control de convencionalidad; lo cual supone tanto darle primacía a la CADH como el efecto directo de sus disposiciones, ade-

31. 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60.

32. Holmes, Oliver Wendell, *The common law*, [1881], consultada la edición de Littel, Brown & Company, Boston, 1963, pág. 5.

33. 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60.

más de adjudicarse el papel de interprete final de la CADH. La consolidación de esos objetivos dependerá de un gran número de factores que exigirían un estudio que no puede ser desarrollado en el presente ensayo. Sin embargo, es posible describir algunos factores que diferencian al sistema interamericano de protección de derechos humanos del europeo y dar cuenta de los desarrollos en materia de reforzamiento constitucional de la protección y de las muestras reconocimiento de papel de la Corte IDH por las Cortes Superiores de América Latina.

Excedería los límites del presente, ya que exigiría un estudio más profundo sobre las razones de política internacional que incidieron sobre la elaboración de la doctrina del control de convencionalidad, pero baste señalar que, al igual que con respecto al precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica *Marbury vs. Madison* (1803) sobre el control de constitucionalidad, el contexto es un factor de una significativa gravitación cuyo análisis resulta de gran interés cuando se intenta comprender su alcance. En *Marbury vs. Madison* la decisión le permitió a la Corte de Estados Unidos sortear un serio problema político y fortalecerse mediante el control de constitucionalidad. La Corte IDH con el control de convencionalidad intentó posicionarse como un actor privilegiado del sistema interamericano. Sin embargo, los Estados no acompañaron el papel preponderante que la Corte IDH asumió.

8. El presupuesto. ¿Cuánto están dispuestos a gastar en defensa del sistema?

Durante el Quincuagésimo Segundo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado del 5 al 7 de octubre de 2022, se aprobó el presupuesto del año 2023 para la Corte IDH por la suma de US\$5.024.000. A esa suma hay que adicionarle las contribuciones voluntarias de Costa Rica, México, Perú y Chile por US\$548.073 y US\$2.886.214 que recibe de la cooperación internacional³⁴. El presupuesto del TEDH para el 2023 es de 76,816,700 euros³⁵.

El contraste entre ambos presupuestos muestra la falta de sostén de los Estados de la OEA al sistema interamericano. No es posible hacer un estudio de necesidades, inversión y eficiencia, pero la falta de compromiso con el sostenimiento del sistema desde el punto de vista económico es evidente que la Corte IDH enfrenta la indiferencia de la OEA, lo cual es simplemente un reflejo del desinterés de los Estados. La desatención sobre un tema central con una gran proyección reclama una mayor atención. Denuncia una barrera que resulta in-

34. Ver en https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2022_informe_09.pdf

35. Ver en https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Budget_ENG

franqueable y que pone en jaque su posibilidad de desarrollo y de una eficaz protección de los derechos a ella confiada, con magros recursos.

9. Ni buenos ni malos, sólo condicionados por desarrollos no equiparables

Estudiar cuestiones teóricas como la fuerza imperativa de decisiones pasadas en un escenario en el cual se conjugan funciones, cultura y tradición, en un plano que trasciende transversalmente las fronteras, pero que a la vez tiene efectos sobre las personas que habitan dentro de ellas, supone encontrar un espacio de mayor neutralidad cuya vinculación con la idea de familias jurídicas es mediata. La hegemonía latente de la polarización que ella lleva consigo es un elemento simplificador que oculta fenómenos que deberían ser estudiados con más detalles.

Al mismo tiempo el nivel transnacional permite observar manifestaciones disímiles sobre las instituciones y sus estructuras que ayudan a comprender los efectos que ellas tienen en cuanto al grado en que se consolida o diluye un sistema, según se atienda o desatienda la cadena de decisiones que van formando criterios de significación.

Al hacer convivir ambos sistemas la intención de ningún modo fue encontrar óptimos o soluciones correctas. Por el contrario, el propósito fue tratar de ver sus cercanías y correspondencias. Ver en qué medida han procurado cumplir con su cometido condicionados por los límites impuestos por los Estados al resguardo de los derechos humanos.

XVIII | La heterocomposición en la prehistoria

Francisco Ramos Romeu
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

*«El futuro depende de nosotros mismos y
nosotros no dependemos de ninguna
necesidad histórica.»*

Karl Popper, La sociedad abierta y sus enemigos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PRIMEROS HOMININOS: 7 A 2 MILLONES ANTES DEL PRESENTE. 3. LOS PRIMEROS MIEMBROS DEL GÉNERO «HOMO»: 2 MILLONES DE AÑOS A 50.000 A.C. 4. EL SURGIMIENTO DEL *HOMO SAPIENS SAPIENS*: 50.000 AÑOS A.C. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción¹

Hay dos teorías sobre el estado del hombre en la prehistoria. Los «Hobbesianos», siguiendo el imaginario de THOMAS HOBBES, que decía «homo homine lupus», afirman que la vida de los primeros homininos, en el estado de naturaleza, era «desagradable, brutal y corta»; para ellos, la civilización vino a sacar al hombre de dicha situación para aportarle seguridad y tranquilidad. Y los «Rousseauianos», que en la estela del romántico JEAN-JACQUES ROUSSEAU, se inclinan por la imagen del «buen salvaje», poco violento, viviendo de la madre naturaleza una vida apacible. Para estos, la civilización es el origen de la violencia y muchos otros males del hombre. La contraposición es recurrente en los autores (DE WAAL 2005: 36; PINKER 2011: 42-43; PATOU-MATHIS 2013: 13). Pero ¿y si ninguna fuera cierta porque el hombre prehistórico ya hubiera aprendido a gestionar los conflictos con sus pares desde antes de la civilización?

1. Este trabajo ha sido financiado con una ayuda de la FUNDACIÓN PRIVADA MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, a la que agradezco su apoyo.

El objeto de este trabajo es indagar sobre los mecanismos de resolución de conflictos prevalentes en la prehistoria y situar en el tiempo el surgimiento del mecanismo heterocompositivo. Este se caracteriza por dejar la resolución del conflicto a «juicio de un tercero», ajeno a las partes, y cuya decisión es vinculante para ellas. Este tercero puede ser una persona privada, como en el arbitraje, o un funcionario público de un Estado, como en los procesos judiciales. Y puede ser un sólo individuo, en un extremo, o toda la comunidad en otro, pero también puede tratarse de un grupo de personas que forma parte de ella, más o menos numeroso.²

La «heterocomposición» se contrapone a la «autotutela» y la «autocomposición». En la autotutela, la resolución de la controversia proviene de una de las partes que la impone a la otra. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1947: 52-54) le atribuye dos notas características fundamentales: 1) «la ausencia de juez distinto de las partes» y 2) «la imposición de la decisión por una de las partes a la otra». Normalmente, esto se consigue mediante la violencia física, pero también puede conseguirse mediante la fuerza económica, cuando una parte poderosa económicamente se enfrenta a otra que trata de sobrevivir y cede a todo. En la autocomposición, el conflicto se resuelve porque hay un concierto o sumisión de las partes. La transacción se alcanza cuando hay un sacrificio bilateral, por ambas partes. El sacrificio consentido, en vez de impuesto, del propio interés es el elemento definitorio de este mecanismo para ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1947: 13).

A muchos juristas les parece «natural» someter la resolución de un conflicto a la decisión de un tercero, entendiendo por «natural» algo a lo que no se presta atención ni necesita justificación porque es un presupuesto del que se parte como inherente a la naturaleza humana. Es un mecanismo tan extendido hoy en los ordenamientos jurídicos que nos rodean que se diría que los jueces o árbitros han estado siempre con nosotros y que todas las sociedades sobre la faz de la tierra acuden a ellos en caso de conflicto.

Pero no es así si miramos atrás en el tiempo y a nuestro alrededor. La heterocomposición tiene un origen y una evolución, y no hay nada de «natural» en ella porque es una creación humana que aparece en la prehistoria y pervive hasta nuestros días, pero que no existía antes para muchas otras criaturas. Ni siquiera hoy es universal: en los márgenes de nuestras sociedades avanzadas, viven cazadores-recolectores, en condiciones similares a las que conocieron nuestros antepasados prehistóricos, que poco conocen o usan de los métodos

2. La doctrina procesal clásica suele incluir el arbitraje como método autocompositivo, además de la conciliación y la mediación (ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO 1947: 71-72). Se debe a la raíz consensual de la intervención del árbitro, pero a nuestros efectos, lo calificamos de heterocompositivo en la medida en que el resultado depende del tercero, y está fuera del control de las partes.

heterocompositivos. Y muchas sociedades modernas no les va muy bien en los índices sobre la implantación del estado de derecho, del que la heterocomposición es clave.

Tratamos de poner de relieve este sesgo, situando en el tiempo el nacimiento del mecanismo heterocompositivo. En este viaje a la prehistoria, no podemos trasladar nuestra concepción actual de la heterocomposición a épocas anteriores. La justicia moderna es muy sofisticada, con unas garantías desarrolladas. En su versión pública, impulsada y soportada por un Estado, cuenta con un aparato administrativo, una jerarquía y unos medios que deslumbran a cualquier concepción del pasado. Cuando nos adentramos en la prehistoria de la heterocomposición, nos contentaremos con encontrar las esencias primitivas del mecanismo: unos contendientes, con una controversia, que se resuelve por un tercero, impuesto o no, pero de forma vinculante para las partes, según las normas de la comunidad. Este último aspecto —el carácter vinculante— es quizás el más difícil de identificar, porque es intelectivo y depende de la *opinio iuris* de la comunidad.

Como toda investigación de la prehistoria, es decir, de los momentos previos al surgimiento de la escritura, surge el problema de la falta de información por la escasez de registros y pruebas materiales. La resolución de conflictos, como el derecho en general, es una práctica social, una institución inmaterial, de la que es prácticamente imposible encontrar pruebas directas. Esto nos obliga a trabajar sobre la base de conocimientos y teorías de otras disciplinas como la paleontología, la arqueología, la primatología, la antropología, la historia, la psicología social, la lingüística, etc. Avanzamos desde ahora que es muy difícil alcanzar conclusiones firmes sobre la forma en que resolvían sus conflictos los primeros homíninos y, por tanto, lo que planteamos son hipótesis, sujetas a revisión. Pero es mucho lo que hemos aprendido para los millones de años que han transcurrido, gracias a la labor de muchos científicos y el trabajo no está concluido: los descubrimientos de estas ciencias, junto con el empleo de nuevas técnicas, están arrojando nuevos resultados. No descartamos que futuras investigaciones científicas arrojen nuevos datos sobre estas cuestiones. La ciencia procesal hará bien en seguir mirando a estas otras disciplinas científicas.

Haremos un recorrido por la prehistoria desde que aparecen nuestros antepasados más cercanos hasta la aparición de la escritura. Avanzando las conclusiones, para situar los orígenes de los métodos heterocompositivos en el tiempo, debemos retroceder en el pasado y remontarnos a 50.000 a.c., es decir, a la época de la revolución cognitiva, de la aparición de nuestra especie el *Homo Sapiens Sapiens*. Alrededor de dicha época se produjeron una serie de cambios en el cerebro de nuestros antepasados, que dio como resultado esta nueva especie, anatómica e intelectualmente idéntica a nosotros. Tenía una inteligen-

cia desarrollada y una capacidad emocional sin precedentes (creatividad, imaginación, empatía, etc.). Igual que nosotros hoy, vivía en sociedad con sus semblantes, manteniendo un elevado grado de dependencia y cooperación entre sus miembros. Como en toda vida social, había oportunidad para el conflicto y por tanto necesidad de gestionarlo de una forma inteligente. En algún momento entre la revolución cognitiva que culminó en 50.000 a.c. y la revolución agrícola que se inició en 10.000 a.c., el hombre inventó los métodos heterocompositivos. Es posible que haya sido una de las innovaciones culmen de la inteligencia humana.

2. Los primeros homininos: 7 a 2 millones de años antes del presente

Dejando al margen algunos proto-homininos que podrían llevarnos a 7 u 8 millones de años antes de hoy (*Sahelanthropus*, *Ardipithecus*), los científicos suelen mencionar como primer hominino o homínidos —como se denomina a los primates que adoptaron una postura erguida y eran bípedos— a los *Australopitecos*, una gran familia cuyo máximo exponente fue el *Australopithecus Afarensis*, entre ellos la famosa Lucy, que estaban sobre la faz de la tierra hace 3 o 4 millones de años antes del presente.³ Eran totalmente bípedos. Utilizaban ya herramientas de piedra con tallas rudimentarias, como las halladas en el Lago Turkana en Kenia, lo que evidencia cierta inteligencia. Pero su cerebro no estaba aún lo suficientemente desarrollado para tener las capacidades intelectivas superiores. No nos han dejado rastros de obras artísticas, ni creaciones complejas. No tenían un aparato fonador desarrollado como el nuestro, por lo que difícilmente podían transmitir una idea y unos conocimientos. Inicialmente, los homininos vivían de frutas y plantas, eran recolectores puros, pero en algún momento, estos grupos de homininos adoptaron un modo de vida cazador-recolector (LIEBERMAN 2014: 81-111). Se estima que hace 2,6 millones de años ya consumían carne, además de fruta y otras plantas y raíces (LIEBERMAN 2014: 90). Los científicos lo catalogan como cambio fundamental en el comportamiento de los homininos, porque la caza requiere cierta cooperación. Se cree que vivían en grupos de 50 individuos aproximadamente (MASLIN 2017: 157-158 cita estudios de Robin Dunbar y otros colaboradores). Tenían por tanto una forma de vida social.

Aunque sean nuestros antepasados, eran esencialmente animales y para hacerse una idea de lo que debía ser la vida social de estos homininos primitivos

3. Sigo en esta exposición a MASLIN (2017:14-40) y LIEBERMAN (2014: 67). Hay otros antiguos homininos, remitido al lector a estos autores para más detalles.

suele recurrirse a la observación de primates actuales, como el modelo más próximo, por prehistoriadores y paleontólogos como TORRE SÁINZ y DOMÍNGUEZ RODRIGO (1998: 4-8), primatólogos y antropólogos, como BOEHM (2012: 95-131), o psicólogos evolutivos como PINKER (2011:44-48). Los primates —chimpancés, bonobos, gorilas y orangutanes— muestran comportamientos complejos y variados entre ellos. Los primatólogos han prestado gran atención a esta materia y no podemos más que resumir brevemente sus observaciones, siendo particularmente útil el libro de DE WAAL, *Chimpanzee Politics* (1982).⁴ ¿Cómo resuelven sus conflictos? Esencialmente, a través de combinaciones de autotutela y autocomposición, pero no con heterocomposición.

Los chimpancés viven en grupos con una jerarquía social. Hay un macho dominante o macho alfa y otros miembros de ambos性. El dominio del macho alfa no descansa exclusivamente en su fuerza física, aunque es importante para imponerse frente a otros machos, sino que se apoya en una coalición de otros chimpancés, machos y hembras, que lo reconocen como «líder» y ese liderazgo se manifiesta con actos de sumisión frecuentes. Las alianzas son clave porque se han visto alianzas de chimpancés para contener a un macho alfa cuando se pasa de la raya (BOEHM 2012: 95-96, 99, 109-113) y para proteger a una hembra de los ataques de un macho o evitar peleas entre machos (BOEHM 2012: 111-112).

Los conflictos en un grupo de chimpancés son eventos raros en general y, cuando surgen, lo más frecuentes es que sean entre machos. Por ejemplo, en Gombe (Tanzania), en libertad, se observó que la frecuencia de conflictos entre machos era de 1 cada 5 horas, conflictos entre un macho y una hembra 1 cada 13 horas, y conflictos hembra-hembra 1 cada 100 horas (DE WAAL 1982: 178). En estos conflictos, la autotutela bajo forma de violencia física está muy presente: 4 de cada 10 desafíos entre chimpancés adultos terminan en un conflicto con amenazas, gritos, persecuciones y golpes. Ahora bien, en general, los golpes y mordiscos sólo están presentes en 1 de cada 100 conflictos, por tanto, sólo en un 0,4% de las confrontaciones entre adultos (DE WAAL 1982: 87). Esto significa que no se recurre a la violencia de forma frecuente, sino que el orden se mantiene generalmente por las alianzas establecidas.

Curiosamente, la confrontación física tiene sus reglas también entre los chimpancés: luchan con las manos y los pies —a pesar de disponer de armas como

4. Esta literatura no ha aprovechado los conocimientos jurídicos sobre la variedad de mecanismos para resolver conflictos. Por consiguiente, no ha tratado de identificar y estudiar toda la diversidad de formas de gestión del conflicto que conocemos. Se ha hecho a la inversa: se parte de los comportamientos observados, para tratar de reconstruir cómo lo hacen, perdiéndose algunos detalles que nos interesarían. En todo caso, entre las sociedades de primates existen conflictos, así como diversos mecanismos de gestión y resolución de ellos.

ramas y piedras— y no se muerden con los dientes caninos, sino con los incisivos (DE WAAL 1982: 96-97). Cuando dos chimpancés adultos pelean, normalmente sólo se muerden las extremidades, raramente se hacen daño de verdad. En las peleas es importante la rapidez para esquivar los ataques y la destreza para atrapar el pie o la mano del contrario (DE WAAL 1982: 104). Pero sin duda lo más importante es el apoyo social: cuando algún chimpancé o una parte del grupo apoya a uno de los contendientes, el otro se ve obligado a medir sus fuerzas y, si no tiene apoyos, a capitular, aunque sea momentáneamente. Dicho esto, una pelea puede acabar en la muerte, como de hecho sucedió en el zoo de Arnhem, en que un chimpancé fue atacado por otros dos en una lucha por el poder (DE WAAL 1982: 2011).

Hay comportamientos más complejos, propios de la autocomposición. Se reportan instancias de una actividad «mediadora» por parte de un chimpancé hembra entre dos chimpancés machos peleados (DE WAAL 1982: 107-108). Despues de una pelea violenta entre ellos, de la que no resultó ningún ganador, la mediadora se acerca a uno de ellos y lo besa y acicala durante un rato. Luego se va hacia el otro macho y el primero la sigue. Es un acto premeditado porque ella controla que el primero la siga y si se despista le llama la atención. Cuando alcanzan al otro, se sienta a su lado, con el primero. Ella se pone entre ellos y la acicalan y luego los machos terminan acicalándose entre ellos mientras la hembra desaparece discretamente. Es una función catalítica nos dice DE WAAL que es frecuente que hagan las hembras.

Algunos comportamientos parecen formas de heterocomposición, pero no lo son. DE WAAL (1982: 117-118) explica como el macho alfa interviene para pacificar disputas violentas entre otros miembros del grupo: «*En una ocasión, una pelea entre Mamá y Spin se salió de control y terminó en mordiscos y peleas. Numerosos simios corrieron hacia las dos hembras en guerra y se unieron a la refriega. Un gran número de simios luchaban, gritaban y rodaban por la arena, hasta que Luit saltó y literalmente les pegaba para separarlos. No eligió un bando en el conflicto, como los demás, sino que cualquiera que continuara luchando recibiría un golpe de él. [...] En otras ocasiones, puso fin a conflictos graves con menos dureza. Cuando Mama y Puist se enzarzaron en una pelea, él puso sus manos entre ellas y simplemente obligó a las dos grandes hembras a separarse. Se interpuso entre ellas hasta que dejaron de gritar.*» DE WAAL llama a esto «intervenciones imparciales», pero destaca que más frecuentes son las veces en que el macho alfa hace de «valedor de perdedores», es decir de protector de la parte más débil en el conflicto frente al más fuerte. Consta que, al convertirse en macho alfa, un chimpancé incrementó el porcentaje de veces que estaba del lado de la parte débil del 35% al 87% de las veces. Son intervenciones que no se guían por sus preferencias personales de afinidad con la parte débil, sino por sus efectos políticos en el grupo, para mantener el con-

trol político, la paz y la seguridad (DE WAAL 1982: 189-190). El macho alfa otorga protección a los desvalidos, pero recibe el apoyo del grupo cuando su rol de control es puesto en duda. Por tanto, es un rol fundado en el apoyo social del grupo y cuando el apoyo social cambia, puede cambiar la persona que ejerce ese rol.⁵

En fin, numerosos estudios se han dedicado a estudiar el comportamiento postconflicto de los chimpancés. Hay actos de reconciliación entre los contendientes y apaciguamiento por terceros que intervienen del agresor y la víctima, lo cual tiene una importante función preventiva del conflicto.⁶ Los actos de reconciliación incluyen sentarse cerca del agresor, limpiarlo, tocarse o jugar, entre otros. Un estudio que se centra en el consuelo de tercero postconflicto encuentra que las víctimas no suelen solicitar consuelo, el tercero lo inicia.⁷ Es más probable que sean consoladas por sus «amigos» que por los «amigos» del agresor. El hecho de que el tercero haya sido objeto de agresiones previamente no tiene relevancia. Concluye que esto apoya la hipótesis de que el consuelo reduce el estrés de la víctima, no es para la autoprotección del tercero o de cara a la reparación de la relación agresor-victima.⁸ Un estudio posterior se centra en la aproximación del tercero al agresor postconflicto: observa que la «amistad» agresor-tercero previa tiene un impacto significativo positivo en su frecuencia. También es más probable que el agresor sea contactado por otros machos antes que hembras. Los machos alfa agresores también son contactados con mayor frecuencia. Según los autores de estos estudios, este comportamiento ayuda a reducir la agresividad del agresor y evita más conflictos, además de servir para apoyar o reforzar alianzas agresor-tercero. Descartan que

5. A lo largo del libro podemos encontrar diversos ejemplos de intervención de un tercero más o menos imparcial DE WAAL (1982: 34, 166, 176, 197-198). No siempre el macho alfa es el tercero imparcial.

6. Ver DE WAAL (2000) es un trabajo que sintetiza el estado de la cuestión en la literatura. También sobre la reconciliación ver DE WAAL (1982: 27-29).

7. FRASER y AUREL (2008) estudian un grupo de entre 26 a 32 chimpancés (*Pan troglodytes*) en cautividad en un zoo del Reino Unido —17 hembras adulas, 5 machos adultos y 4-10 jóvenes o niños, durante 21 meses durante todo el día. Cuando se producía un conflicto entre dos o más miembros, se hacía un seguimiento del comportamiento posterior y se registraban diversos eventos (besos, abrazos, limpieza, insertar dedos en la boca, acariciar, jugar, etc.). Se registraron 256 conflictos. Se dieron 93 casos de reconciliación (54,1%) y 77 casos de consolación por terceros (44,8%), de los cuales 33 de reconciliación y consolación a la vez (19,1%). No hubo nada en 35 casos (20,3%). Referimos particularmente lo que dicen respecto de la «consolación»: era más frecuente en ausencia de reconciliación que con ella. Pero también era menos frecuente la reconciliación tras la existencia de consolación, lo que los autores no esperaban. Su interpretación es que ambas funcionan como formas alternativas de reducir el estrés postconflicto.

También WATTS (2006), tras revisar la literatura previa, aporta datos de la observación de un grupo de 145 individuos, incluyendo 23-25 machos adultos y 14-16 machos adolescentes, en los que se centra el estudio, observados durante un total de 2.497 horas en un centro de un parque natural.

8. ROMERO y DE WAAL (2010) estudian dos grupos de chimpancés, que involucran cada uno hasta 18 y 14 individuos respectivamente, aunque no todos a la vez por muertes, nacimientos, etc., y en sesiones de 90 minutos, en total 1320 horas y 618 horas de observación de cada grupo, respectivamente.

sea un acto de mediación.⁹ Estos primatólogos, a pesar de observaciones de días y horas, jamás han visto nada que se parezca a un «juicio» postconflicto o agresión.

La violencia entre los chimpancés no es sólo individual, sino colectiva, y también se da en forma de peleas entre distintos grupos, por comida, territorio o hembras. Se ha visto a grupos de chimpancés atacar a un miembro de un grupo rival hasta matarlo o violar a hembras de otro grupo (PINKER 2011: 45; DE WAAL 2005: 140-141). Los científicos han observado regularmente «guerras civiles» entre chimpancés. Entre los años 1974 y 1978, en Gombe (Tanzania), la famosa primatóloga Jane Goodall, estudió una guerra entre dos facciones de chimpancés que acabó cuando «una facción logró exterminar uno a uno a todos los machos del grupo enemigo, lo que supuso la reabsorción de todas las hembras en el clan victorioso.»¹⁰ Entre 2015 y 2019, nuevamente unos científicos fueron testigos de una «guerra civil» entre chimpancés. Una comunidad que vivía en libertad en Uganda había crecido hasta los 200 individuos, algo nunca visto, y acabó dividida en tres facciones, desatando una espiral de violencia entre ellas, contando tres muertos.¹¹

Aunque hemos estudiado con mayor detalle los chimpancés, podemos generalizar estos resultados, a otros primates sociales, como los gorilas y los bonobos, o solitarios, como los orangutanes. Lo único que cambia es la frecuencia de la autotutela y la autocomposición por sus distintas formas de vida, sin que podamos realmente hablar de heterocomposición.

Los bonobos tienen una organización social muy distinta a la de los chimpancés, pero sus formas de resolver conflictos no lo son, excepto en grado. Son más igualitarios entre ellos, lo que no excluye que haya jerarquías, pero las hembras son las que forman las alianzas y dominan el grupo, no existe un macho dominante (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 272-273; DE WAAL 2005: 21-22 y

9. ROMERO CASTELLANOS y DE WAAL (2011) hace un estudio que abarca 29 individuos (21 hembras y 8 machos), que vivían con otros, en cautividad, divididos en dos grupos. Registraron un total de 3.003 observaciones.

10. Diario El País, «Los tres asesinatos que desataron la segunda «guerra civil» entre chimpancés» (29.01.2021), por Javier Salas.

11. Diario El País, «Los tres asesinatos que desataron la segunda «guerra civil» entre chimpancés» (29.01.2021), por Javier Salas. Los científicos AARON SANDEL y DAVID WATTS que estudiaban este grupo observaron que, tras un crecimiento de individuos de la comunidad nunca visto antes, se produjo la división. Desde 2015, cuando los miembros de cada una de las facciones se encontraban buscando comida, había momentos de mucha tensión. En noviembre de 2017, un chimpancé adulto desapareció sin rastro y se considera que sufrió la misma suerte que otro compañero poco después. En efecto, en enero de 2018, tres machos de una facción sujetaron a un joven de 15 años de la otra y lo mataron a «golpes y dentelladas», en un ataque feroz. Luego, en junio de 2019, hubo una batalla campal y un macho de 33 años fue golpeado por los miembros de otro grupo hasta dejarlo herido de muerte, mientras otros de su facción trataban de defenderlo sin éxito. Ver más sobre la violencia entre chimpancés en PINKER (2011: 44-48).

71-78). Las alianzas entre hembras sirven para dominar los impulsos de los machos alfa en potencia y otras hembras (DE WAAL 2005: 74-75). Característico es su uso del sexo como instrumento para forjar relaciones y también para la paz social. Esto no impide que sean capaces de violencia física, puesto que en un 15% de los conflictos entre adultos se reportan signos de violencia de este tipo, y los últimos estudios postulan que son igual o más violentos que los chimpancés.¹² Conocen, igual que los chimpancés, la reconciliación entre los contendientes¹³ y el apaciguamiento del agresor, con actos sexuales incluidos.¹⁴ En definitiva, aunque todo apunta en que entre ellos predomina la autocomposición, también conocen la autotutela. Se piensa que no predomina la violencia, porque es un grupo de hembras el que domina y la jerarquía de las hembras es menos disputada y requiere menos imposición (DE WAAL 2005: 75).

Los gorilas también son muy sociables, pero su grupo se compone de un macho dominante y un conjunto de hembras con sus hijos (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 271). Cuando los jóvenes crecen, abandonan el grupo. El macho alfa utiliza la autotutela tanto con su harén como con otros machos que aspiran a apropiárselo. Se han visto hembras de un harem formando una coalición para dejar de lado al macho alfa y sustituirlo por otro (BOEHM 2012: 110). Raramente hay alianzas entre machos. En esta especie, parece que hay menos ocasiones para el conflicto por la estructura del grupo, con un macho alfa y hembras sumisas. No vemos inclinados a pensar que la paz social dentro y fuera del grupo se sostiene por la autotutela, pero desde luego hay lugar para la autocomposición.

Los orangutanes son, en contraposición, esencialmente solitarios. Los machos viven solos y cada hembra vive con su prole (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 265-266 y 270-271). Los machos son territoriales y compiten por el territorio y las hembras que hay en él. Ni los machos ni las hembras forman alianzas. Los machos y las hembras sólo se relacionan durante los períodos fériles de las hembras, que tienen ciclos de 5 años. Con esta forma de vida, cabe pensar que los oran-

12. Diario El País, «*Los bonobos pueden ser tan violentos o más que los chimpancés*» (12.04.2024) por Miguel Angel Criado. Se recogen los resultados de un trabajo de 5 años de la investigadora Maud Mougnot, publicada en *Current Biology*: «Durante 2.047 horas de observación de tres comunidades de bonobos de Kokolopori, Mougnot y sus colegas de investigación contabilizaron 521 agresiones. La mayoría fueron simples empujones y persecuciones. Pero en el 14,8% de los casos hubo daño físico. Mientras tanto, en las 7.309 horas viendo a dos grupos de chimpancés de Gombe, contabilizaron 654 interacciones agresivas, el 15,1% con contacto.» También DE WAAL (2005: 28) relata su capacidad para la violencia.

13. Ver el estudio de PALAGI, PAOLI, BORGONINI (2004) que involucra a 8 adultos y 3 menores en cautividad. Fueron observados durante 6 horas diarias, en la mañana y en la tarde, durante dos períodos de 3-4 meses, por un total de 968 horas. Se registraron 167 observaciones de conflicto y comportamiento posterior. CLAY, ZANNA y DE WAAL (2014) investigan a 36 bonobos en semilibertad y un santuario en el Congo, divididos en 2 grupos de 25 y 17 individuos, durante 301 y 152 horas respectivamente.

14. ROSELYN (2015) analiza 10 bonobos en cautividad en un zoo, con adultos y jóvenes de ambos sexos.

gutanes tienen pocas ocasiones para utilizar mecanismos de resolución de conflictos, que serán principalmente formas de autotutela por partes de los machos para proteger su territorio.

Huelga decir que los primates en sí son ya animales muy evolucionados e inteligentes, incluso en comparación con otras especies animales. Hay otras especies consideradas inteligentes, pero sus formas de resolución de conflictos intragrupo y extragrupo siguen siendo muy primitivas. Hagamos un breve repaso de delfines, perros, y elefantes, otros mamíferos que representan el culmen de la evolución. Nuevamente, nos encontramos con mezclas de autotutela y auto-composición.

Los delfines exhiben relaciones sociales complejas. Existen relaciones de superioridad de algunos miembros sobre otros, aunque no son del tipo despótico por un solo delfín, sino basadas en roles sociales. Hay «perdedores» en los conflictos, que muestran comportamiento sumiso y no-agresivo. Tras un conflicto, hay actos de reconciliación. Se ha observado en los delfines que la reconciliación tiene los mismos efectos positivos sobre la relación entre delfines que entre primates. También a veces terceros intervienen y se posicionan al lado de una parte, podría haber actos de consuelo, pero no de mediación ni de arbitraje.¹⁵ No quedan claras las razones, pero podrían hacerlo por protección propia, además de apoyo al vencido.¹⁶ Estos estudios también indican que los ganadores no suelen solicitar la intervención de terceros ni los terceros suelen interactuar con más frecuencia con el ganador tras un conflicto.

Los perros son animales con altas capacidades cognitivas, muestran relaciones de dominancia entre ellos y son capaces de cooperación como evidencian las

15. Ver HOLOBINKO y WARING (2010) que estudian 7 delfines, 6 de ellos hembras, en cautividad durante 8 semanas, grabando sus movimientos durante 6 a 7 horas cada día, 261 horas en total. Registraban las interacciones —acercamientos entre delfines— caracterizándose como agresivas, las que entrañaban en golpes de aleta —la forma más frecuente de agresión—, «cargas» de cara —la segunda en frecuencia—, amenazas con la mandíbula abiertas o mordeduras, etc. Por razones operativas se centraban en conflictos diádicos. Los delfines se habían «reconciliado» cuando, dentro de una sesión de estudio, tras un episodio agresivo entre dos delfines, sus interacciones se volvían de nuevo «amistosas», por consistir en acercamientos suaves, nado sincronizado, caricias, contacto por el rostro, etc. Refiero estos detalles porque supongo que el lector desconocerá —como yo— cómo se relacionan los delfines. Se produjeron 414 incidentes en 3.428 observaciones. Tras el conflicto hubo actos de reconciliación en algunos (un 18%) y no en otros (82%). La mayoría de las reconciliaciones», un 68% se iniciaban por uno de los delfines en conflicto y resultaba en interacciones entre ambos. Aunque en la reconciliación entre dos delfines a veces interviene un tercer delfín. Los autores específicamente buscaron signos de interacciones triádicas en que hubiera actos de «consuelo», de «mediación» o de «posicionamiento» al lado de un contendiente. No hubo pruebas claras de ello, salvo de «posicionamiento» en algunos casos.

16. YAMAMOTO Y OTROS (2015) analizan 3 grupos de delfines en cautividad: un primer grupo de 5 delfines hembra, otro grupo de 5 hembras y 1 macho joven, siendo una la madre, y un tercer grupo de 4 hembras y otra madre con su bebé delfín. Cada grupo fue observado durante 36 días, 51 días y 44 días, respectivamente.

estrategias de caza de los lobos, que actúan en manada. El estudio de conflictos entre perros en cautiverio ha revelado que muestran comportamientos de reconciliación, más frecuentes entre perros que comparten habitación. Tras un conflicto, a veces interviene un tercer perro, a menudo por su propia iniciativa, que se acerca normalmente al perdedor, supuestamente para consolarlo. Pero no se han visto arbitrajes para resolver los conflictos.¹⁷

En fin, los elefantes también mantienen relaciones sociales complejas, particularmente estrechas entre familiares. Muestran signos de empatía incluso: se ayudan entre ellos, y por ejemplo en caso de peligro los pequeños pueden ser ayudados por otras elefantas que no son su madre. No son frecuentes los conflictos dentro de la manada ni entre grupos, pero no se ha referido que utilicen arbitrajes de terceros elefantes.¹⁸

En definitiva, no se ha presenciado la celebración de arbitrajes o juicios entre estos animales, ni entre muchos otros tales como cabras, hienas, cuervos, y un largo etcétera que se refieren en los estudios analizados, que citan muchos otros. Son los resultados producidos por numerosos científicos, que han observado estos animales durante mucho tiempo, y parece difícil que esta institución haya pasado desapercibida.

Volviendo a nuestros antepasados homíninos, se nos hace forzoso concluir que lo más probable es que recurrieran a la autotutela y la autocomposición para resolver los conflictos, y debemos descartar que conocieran la heterocomposición. Algunos autores consideran que probablemente nuestros antepasados estuvieran más cerca de los chimpancés que de los otros primates (PINKER 2011:47; BOEHM 2012:134). Otros consideran que la pregunta de si nos pare-

17. COOLS, VAN HOUT, y NELISSEN (2008) estudian 14 perros de diversas razas (labrador, beagle, pastores pirenaicos y cocker spaniel) en cautiverio en una fábrica de comida para perros, donde habían pasado toda su vida. El seguimiento se hacía en un prado, durante prácticamente dos meses, donde se les siguió en 3 grupos, observados durante 48, 74 y 59 horas cada uno en total. Se registraron 1711 conflictos entre parejas de perros, 606 de ellas seguidas de actos de reconciliación entre los oponentes y 621 por actos de acercamiento de un tercer perro. Los actos de «reconciliación», eran más frecuentemente iniciados entre los perros en conflicto y que compartían techo para dormir. En un 56% de los casos en que no hubo reconciliación entre los perros en conflicto, había acercamiento con un tercer perro, la mitad de las veces aproximadamente iniciado por éste. La mayor parte de estas interacciones con un tercer perro, involucraban al «perdedor» de la pelea y eran iniciadas por el tercero. Los autores del estudio destacan esto y aunque refieren que normalmente se interpretan como actos de «consolación», habría que investigarlo mejor. En fin, no comentan en ningún momento la existencia de arbitrajes.

18. PLOTNIK y DE WAAL (2014) no estudian propiamente conflictos, sino reacciones frente a las llamadas de ayuda. Algunas de estas llamadas, resultan de agresiones previas entre elefantes. Se centran en el estudio de actos de consolación por parte de terceros elefantes —es decir, elefantes en principio extraños al incidente. El estudio abarca 26 elefantes en cautividad dentro de un parque natural de elefantes, durante 11 meses, 1 o 2 semanas al mes, con sesiones de 30 a 180 minutos. En ningún momento del estudio se refiere que haya arbitrajes, ni se refiere otra literatura previa que lo haga. Mencionan la escasez de estudios en la materia.

cemos más a los chimpancés o a los bonobos es una pérdida de tiempo porque los seres humanos somos bipolares, más brutales que los chimpancés y más empáticos que los bonobos (DE WAAL 2005: 229 y 234; DE WAAL 2009: 259-260).

Distinguir si predominó la autotutela o la autocomposición en la prehistoria de los homíninos, es sutil, porque hay cuestiones de grado difíciles de valorar sin datos concretos. Dependen de la predisposición de los individuos hacia el grupo, la frecuencia de conflictos, y cómo se resuelven, como ocurre entre chimpancés y bonobos. El problema es que la fuerza física no tiene que hacerse patente en cada conflicto, ni en sus formas individuales ni en las colectivas. Al igual que los machos alfas pueden emitir sonidos de requerimiento que provocan inmediatamente el cumplimiento con sus designios sin tener que llegar a la fuerza, también el grupo de aliados emplea conjuntamente sonidos intimidatorios o de desaprobación (BOEHM 2012: 112). Aquí nos quedamos por tanto en las amenazas, que no dejan de ser violencia. Pero, la fuerza o la amenaza no tiene que aplicarse en cada instancia porque los primates son capaces de imponer y seguir reglas sencillas, tal y como «no te acerques a mi comida» o «no toques a mi hembra» (BOEHM 2012: 106-108). Por consiguiente, puede ser que la violencia como sostén del orden sea permanente, aunque no se manifieste. Pero cuando se ha creado una organización, una jerarquía, que es conocida y respetada por el grupo, se elimina también el conflicto (DE WAAL 2005: 63-70). ¿Cuándo podemos hablar de que hay autocomposición? Sólo una observación constante en el tiempo podría decir el grado de aceptación del orden establecido. Si las muestras de violencia son realmente escasas, y las de sumisión frecuentes, habrá que decir que predomina la autocomposición para resolver conflictos.

El dimorfismo sexual entre machos y hembras —la diferencia de tamaño relativa—, se ha tomado como indicio de la existencia de mayor jerarquía y competencia. Un mayor dimorfismo sexual, la necesidad de ser «grande», indica una mayor competencia y presión evolutiva. Así, entre los machos y hembras chimpancés, y los gorilas, existe un mayor dimorfismo sexual que entre los bonobos, lo que coincide con sus diferentes estructuras sociales y mezclas de autotutela y autocomposición (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 271). Dado que había un dimorfismo sexual importante entre los *Australopithecus*, en que los machos eran hasta un 50%-60% más grandes que las hembras (LIEBERMAN 2014: 66; ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 157 y 282), esto sugeriría un mayor parecido de sus grupos sociales al de los chimpancés o los gorilas, grupos en que los machos compiten por las hembras. Este predominio macho, da lugar a más autotutela.

En cuanto a la heterocomposición, ciertamente, en los conflictos, entre primates, como pudo ocurrir con los homíninos primitivos, puede intervenir un tercero, pero lo hace en calidad de mediador o de pacificador, no como verdadero árbitro. Aunque el macho alfa interviene para apaciguar una pelea, se nos hace difícil calificar estas intervenciones como un juicio o arbitraje porque las partes contendientes no son escuchadas, no hay pretensiones que sean satisfechas, ni reglas aplicadas, más allá de la propia finalización de la pelea, y no hay evidencia de un acuerdo social de que sea obligatorio «lo que se haya resuelto». El macho alfa interviene para imponer su fuerza, no su «juicio».

Más aún, nos parece que los *Australopitecus* carecían de las capacidades lingüísticas e intelectuales para adoptar el mecanismo heterocompositivo, al igual que los primates. En primer lugar, porque los primeros homíninos como los primates carecían de un lenguaje elaborado, que sería necesario para transmitir y realizar pensamientos abstractos, como requiere un «juicio». No sólo carecían de un aparato fonador para hablar como los humanos —los chimpancés y gorilas no puede pronunciar físicamente las palabras (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 392; también más generalmente LIEBERMAN 2014: 165-169)—, pero es que, aun habiendo aprendido lenguajes como el de los sordomudos, aprenden un número limitado de conceptos (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 393-394; BOEHM 2012: 115-129; BERWICK Y CHOMSKY 2016: 128-129 y 164-168). Por tanto, es un lenguaje que se limita informaciones concretas, con sistemas limitados de sonidos y gestos, que nos parece imposible que permita realizar las interacciones que acaecen en un arbitraje o un juicio.

En segundo lugar, pero más importante aún, los primates, como posiblemente ocurrió con los primeros homíninos, carecen de una moralidad desarrollada, son «animales» en sus planteamientos, no van «más allá» en su reflexión por el bien común. Aunque los autores coinciden en lo esencial, es complejo decir exactamente en que consiste la diferencia. DE WAAL (2005) considera que los primates, como chimpancés y bonobos tienen todo lo básico necesario para un comportamiento «moral» (DE WAAL, 2005: 175 y ss.): sentimientos, empatía, reciprocidad, comportamiento altruista, gratitud, etc. Muchas de estas capacidades no dependen del lenguaje (DE WAAL 2005: 180 para la empatía en concreto). Para el autor, lo que nos distingue de los primates es sólo una cuestión de grado, porque «los sillares de la moralidad anteceden a la humanidad» (DE WAAL 2005: 227). Los grupos humanos han conseguido hacer primar los intereses del grupo sobre la individualidad creando reglas morales, que nos ayudan a saber cuándo aplicar las capacidades básicas (DE WAAL 2005:227). El autor, sin embargo, considera que los primates no son «morales» (DE WAAL 2009: 24). (BOEHM 2012: 115-131) sostiene directamente que no tienen un sentido del bien y del mal. La falta de «moralidad» implica que no hay un «juicio» que emitir para resolver el conflicto, es innecesario.

3. Los primeros miembros del género «Homo»: 2 millones de años a 50.000 Años A.C.

Hay un gran salto evolutivo respecto de los primeros homíninos, que se produce con la llegada de los representantes del género «Homo» (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 286). Desde los más antiguos, *Homo Habilis*, *Homo Ergaster*, *Homo Rudolfensis* y *Homo Erectus*, pasando por los intermedios, como el *Homo Antecessor* y el *Homo Heidelbergensis* y, hasta los más modernos, como el *Homo Neanderthalensis*, el *Homo Denisovano*, y el *Homo Sapiens*, de los últimos en llegar.¹⁹ A medida que avanzamos en el tiempo, hay cambios fisiológicos en las especies «*Homo*», una expansión del tamaño cerebral, muestras de mayores capacidades emocionales, y cambios significativos del comportamiento social, ligado a un aumento de la complejidad social (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 286-287).

El *Homo Erectus* aparece hace 2 millones de años en África y luego se expandió por Europa y Asia, habiendo rastros de su existencia hasta hace tan sólo 100.000 a.c. (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 316), por lo que fue una especie muy exitosa. Su cerebro, de unos 1.100 cm³ era un 80% más grande que el de los *Australopithecus*. Exhibía signos de inteligencia más avanzada: fabricaba herramientas de piedra mejores, cazaba y cocinaba. Se calcula que vivía en grupos de hasta 100 individuos (MASLIN 2017: 157-158, citando a DUNBAR y otros) y que los miembros del grupo se apoyaban mutuamente. LIEBERMAN (2014: 116) refiere el caso de un viejo desdentado que debió necesitar ayuda para comer. Al *Homo Erectus* se le atribuyen las formas más primitivas de representación simbólica, los primeros rastros de arte.²⁰

El siguiente miembro del género *Homo* —las relaciones entre las especies no son claras, pueden ser descendientes o desarrollos independientes de los anteriores— sería el *Homo Antecessor*, que vivió hace 850.000-750.000 a.c., en Europa (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 316). Se ha identificado en España, en la Gran Dolina de Atapuerca. Utilizaba también herramientas de piedra, pero no está claro que conociera el arte. Son muy escasos los restos arqueológicos de esta especie que se han hallado hasta el momento.

Se conoce mejor el *Homo Heidelbergensis* u *Homo Rhodesiensis*, aparecido hace 700.000-600.000 a.c. y desaparecido alrededor de 300.000 a.c. (ARSUAGA

19. Las dataciones de las distintas especies muestran algunas diferencias entre los autores. El lector interesado puede acudir a tablas como las de LIEBERMAN (2014: 127) y ARSUAGA y MARTÍNEZ (2019: 316).

20. En la actualidad, los rastros de arte prehistórico más antiguo se consideran unas rayas en patrón de zig-zag hechas por un *H. Erectus* en unas conchas encontradas en Trinil en la isla de Java, datadas alrededor de 430.000 y 540.000 a.c. Ver JOORDENS y otros (2015).

Y MARTÍNEZ 2019: 316; CONDEMI Y SAVATIER 2024: 171-173). Surgió y vivió en África, se expandió por Europa y también Asia. Con una capacidad craneal de 1.100 a 1.300 cm³, una altura de 1,75 m, vivían en grupos, hacían un uso regular del fuego para cocinar y para endurecer las puntas de sus flechas —aunque no está claro si sabían encenderlo—, fabricaban bifaces de piedra sofisticados, eran cazadores-recolectores y usaban colores, por tanto, tenían cierto arte, pero sin florituras. Se han encontrado restos de individuos viejos e inválidos, lo que indica que se cuidaban entre ellos y por tanto tenían empatía (BONMATÍ Y OTROS 2011). Su laringe —en particular su hueso hioideo—, y sus oídos presentan cambios que sugieren que tenía una capacidad para emitir sonidos y oírlos superior al de los chimpancés y podían comunicarse ya verbalmente (LORENZO MERINO 2024: 21-22).

Se cree que del *H. Heidelbergensis*, desciende el *Homo Neanderthalensis*, cuyos restos aparecen alrededor de 400.000 a.c. y vivió hasta 40.000 a.c. (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 316). Los neandertales surgieron en Europa —son los verdaderos europeos originarios—, y se expandieron por parte de Asia (WRAGG SYKES 2021: 19). Su capacidad craneal alcanza ya los 1.100 a 1.800 cm³ (incluso superior al *H. Sapiens*) y mostraban signos de una mayor inteligencia: manipulaban el fuego (ARSUAGA y MARTÍNEZ 2019: 340), sabían tallar la piedra, eran artesanos de la madera, el hueso y las conchas y realizaban artefactos compuestos con ellos (WRAGG SYKES 2021: 113, 136). Se les atribuye la construcción de «monumentos» como en Bruniquel (Francia) y objetos artísticos con colores (WRAGG SYKES 2021: 276-279 y 289), aunque es dudoso si conocían el arte figurativo (WRAGG SYKES 2021: 303). Vivían en grupo y eran cazadores-recolectores, con evidencia de que cazaban activamente animales grandes como el Mammut (WRAGG SYKES 2012: 164). Había distintos grupos que practicaban el intercambio (WRAGG SYKES 2021: 243). Tenían alguna comunicación oral porque sus restos muestran un cerebro adaptado y genes del lenguaje, aunque hay dudas de en qué grado, sobre lo que volveremos (WRAGG SYKES 2021: 280-282). Practicaban el enterramiento de los muertos (WRAGG SYKES 2021: 331 y 362), posiblemente desde antes que el *H. Sapiens* (WRAGG SYKES 2021: 358; ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 340). Aunque hay rastros de canibalismo, se piensa que están relacionados con ritos funerarios, más que con la supervivencia o los conflictos (WRAGG SYKES 2021: 350-351).

El *Homo Denisovano*, por su parte, es el descendiente del *Homo Heidelbergensis* en Asia. Los rastros Denisovanos más antiguos aparecen en 600.000 a.c. y los más recientes identificados son de entre 50.000 y 30.000 a.c.. Identificado muy recientemente en 2010 por una muestra de ADN proveniente de la cueva de Denisova en los Montes Altaï en Siberia, todavía se conoce poco, pero su ADN es más parecido al de los Neandertales que al de los *H. Sapiens*. Su cuerpo debió ser robusto, con una capacidad craneal parecida a la del *H. Neanderthalensis*.

lensis, y el cuerpo más completo, de una mujer, nos dice que debió medir 1,68 metros y pesar 68 kg. (CONDEMI y SAVATIER 2024: 221-234 y 259-270). Se piensa que fabricaban herramientas, sobre todo de madera de bambú, cazaban y recolectaban, posiblemente siendo ésta su principal fuente de alimentación. En cuanto a capacidades intelectivas, se les atribuyen parecidas al *Homo Neanderthalensis*.

Nuestro antepasado cercano, el *Homo Sapiens*, surgió en África (200.000 a.c.). Vamos a distinguirlo del *Homo Sapiens Sapiens*, que muestra un estado más avanzado de evolución cognitiva y sobre el que volveremos después porque aparece a entre 100.000 a.c. a 50.000 a.c. aproximadamente. El *Homo Sapiens* tenía un cerebro grande, de 1.000 a 1.900 cm³, como los neandertales. Estos primeros *Homo Sapiens* vivían en grupos y tenían un modo de vida cazador-recolector. Realizan tallas de piedra muy elaboradas. Sin duda, aprendieron a cazar presas grandes, lo que requería de un elevado grado de cooperación (BOEHM 2012: 146). También tenían capacidades de habla más avanzadas. Pero no se les considera culturalmente modernos como nosotros, no desarrollaron por ejemplo culturas locales distintivas (BOEHM 2012: 146).

Estos hombres prehistóricos vivían en grupo y seguramente esto daba lugar a conflictos entre ellos que había que resolver. ¿Cómo lo hacían? Por todo lo que sabemos, la autotutela violenta existió entre estos representantes del género *Homo*. Se han encontrado cadáveres prehistóricos con signos de violencia. Los más antiguos son de *H. Sapiens* primitivo, encontrados en una gruta en Maba, China Meridional, datados de 200.000-150.000 a.c., y de Neandertal en las grutas de Fontéchevade, Francia, datados de 120.000 a.c., en la gruta de Shanidar, actualmente el Kurdistan de Iraq, datados de 100.000 a.c., la gruta de Kaprina, Croacia, en la grava del río Vah, en Sala Slovaquia, entre otros (PATOU-MATHIS, 2013: 24-25). El número de cadáveres con rastros de violencia, sin embargo, posiblemente, subestima la frecuencia de la violencia porque hay muertes violentas que no dejan rastro como los envenenamientos o ruptura de un órgano (PINKER 2011: 58).

También hay rastros de canibalismo. PINKER (2011: 55) considera que el canibalismo probablemente era muy frecuente entre estos homínidos. Los cadáveres con rastros de canibalismo más antiguos conocidos están en la Gran Dolina de la Sierra de Atapuerca en España, en que 6 menores de 18 años del género *Homo Antecessor* fueron consumidos en 780.000 años a.c.. Ha sido calificado como el resultado de un festín caníbal, uno de los rastros más antiguos (ARSUAGA y MARTÍNEZ 2019: 312). Pero hay muchos otros casos que se extienden al *H. Sapiens* y en el tiempo a los primeros pastores del neolítico, como los restos datados del final del 4º milenio a.c. en grutas de Francia, Alemania, España, Suecia y Finlandia (PATOU-MATHIS, 2013: 36-41). Se debate si era canibalismo

alimentario o ritual, y si era endocanibalismo o exocanibalismo, es decir comida de miembros del grupo o de extranjeros (PATOU-MATHIS, 2013: 36-41).

Es complicado distinguir si estas muertes son el resultado de un accidente de caza, de una disputa violenta, un sacrificio humano ritual, o una condena a muerte. En algunos casos, los científicos consideran que lo más probable es que se trate del resultado de enfrentamientos o violencia ritual. En la Sima de los Huesos de Atapuerca, en un lugar que no era propiamente un lugar para vivir, sino una cueva kárstica en el suelo, existen cerca de 30 esqueletos de individuos neandertales, con cráneos que muestran fracturas que podrían haber causado la muerte de esos individuos previamente a ser introducidos en el lugar (LORENZO MERINO 2024: 18). En aquel lugar fueron enterrados (ARSUAGA Y MARTÍNEZ 2019: 324-325; LORENZO MERINO 2024: 18), pero ¿hubo allí un enfrentamiento previo o una guerra? Estos expertos dicen que los cuerpos son principalmente de adolescentes y adultos jóvenes, no hay ni niños ni adultos maduros, ni viejos, lo que es sugerente. Se habla de que son muestras de una «agresión interpersonal» entre grupos (ARSUAGA y MARTÍNEZ 2019: 35).²¹

En general, los expertos coinciden en que la autotutela violenta debió de ser marginal, no era la forma primordial de resolver conflictos en estos grupos ni tampoco entre grupos. La baja densidad de la población en extensas áreas de terreno salvaje debió hacer infrecuente tanto las luchas por territorio y comida dentro del grupo y los conflictos intergrupales. PATOU-MATHIS (2013: 149) concluye en su excelente trabajo que las muestras de violencia entre los homíninos son «escasas» y que la «guerra», de hecho, no existía hasta hace aproximadamente 12.000 a.c., a medida que avanzó la civilización. Según su estudio, las muertes violentas fueron creciendo con el tiempo, deviniendo más frecuente entre los *H. Sapiens* modernos. Considera que el primer ejemplo de violencia colectiva conocido es el Sitio 117, fechado entre 13.140 y 14.340 a.c., en la frontera norte de Sudán, un lugar en el fértil valle del Nilo, pero en un entorno hostil, que con la aridificación fue objeto de deseo de diversos grupos humanos. WRAGG-SYKES (2021: 83), en referencia a los Neandertales, también considera que, aunque entre sus fósiles hay rastros de violencia física, es puntual y no hay razón para afirmar que fueran «asesinos habituales».

Un tema estrella es si existió alguna guerra prehistórica entre *H. Sapiens* y *H. Neandertales*. La extinción de los Neandertales, que se materializa hacia alrededor de 40.000 a.c., coincide con la expansión territorial del *H. Sapiens Sapiens* por Europa. Por tanto, estamos hablando de un conflicto con el yo pos-

21. Diario El País, «Veinte cráneos reventados desvelan una historia de violencia y asesinatos en Atapuerca» (10.03.2022) por Nuño Rodríguez, expone los resultados del trabajo de HECTOR SALA y JUAN LUIS ARSUAGA.

terior del *H. Sapiens*, más que con el *H. Sapiens* de la época que estamos estudiando, pero que podría ser relevador. PATOU-MATHIS constata que probablemente se encontraron ambos Homos en el Próximo Oriente hacia 120.000 a.c. y habrían coincidido durante milenios. Tenían formas de comportamiento iguales, pero probablemente, por la naturaleza nómada de ambos, normalmente se evitaran, para no entrar en conflicto. Había mucho espacio desocupado para un modo de vida cazador-recolector. Atribuye la desaparición de los neandertales a una caída demográfica de la especie, por su forma de vida altamente móvil, de grupos pequeños y con bajas tasas de natalidad (PATOU-MATHIS 2013: 52-53). WRAGG SYKES (2021:406-407 y 431) considera que no cabe atribuir su desaparición al *H. Sapiens*, desde luego no a su superioridad genética, sino posiblemente al colapso climático y la densidad de población. También ARSUAGA Y MARTÍNEZ (2019: 354-355 y 412) rechazan que hubiera guerra, sino más bien sustitución progresiva debido a un mayor desarrollo de las capacidades del *Homo Sapiens Sapiens* para explotar los recursos. Igualmente, LIEBERMAN (2014: 169-170) piensa que la extinción neandertal fue debida o bien a tasas de reproducción más elevadas en los Sapiens o de un desplazamiento competitivo de los neandertales ante las mejores habilidades de los Sapiens. Por tanto, nada de guerra violenta.

De hecho, más bien existen pruebas de lo contrario, de que estos Homos, que convivieron en el tiempo y en el espacio, en particular los más recientes *Homo Neandertal*, *Homo Denisovano*, y *Homo Sapiens*, se mezclaron. Eran criaturas tan similares, que hubo cruces entre las especies. En el Levante, hay rastros de cruces entre Neandertales y *Homo Sapiens* (WRAGG SYKES 2021: 41 y 370), aunque no fueron masivos (WRAGG SYKES 405-406). En Asia septentrional, hay rastros de mezcla entre Neandertales y Denisovanos (CONDEMI y SAVATIER 2024: 151-152). «Denny» fue una niña de 13 años de padre denisovano y madre neandertal (CONDEMI y SAVATIER 2024: 52). Y por supuesto, hubo mezcla de *Homo Sapiens* y Denisovanos porque hoy en día, las poblaciones *Homo Sapiens* euroasiáticas llevan entre un 1,8% y un 2,6% de genes neandertales y en las de extremo oriente llevan de un 1 a un 5% de genes denisovanos (CONDEMI y SAVATIER 2024: 282). Los científicos hablan de asimilación cultural entre los diversos tipos de homínidos (WRAGG SYKES 2021: 406; ARSUAGA y MARTÍNEZ 2019: 355-358; LIEBERMAN 2014: 153). Por tanto, todo esto nos lleva a descartar una situación de guerra generalizada entre los distintos Homo, porque si no es difícil que se hubieran mezclado, sin perjuicio de que no podemos descartar actos de violencia entre ellos puntual.

El hecho de la convivencia en grupos, sin violencia, nos lleva a hablar de un predominio de la autocomposición. De lo que no hay rastro en esta época es de ninguna forma de heterocomposición. No hay objetos materiales que se hayan relacionado con la celebración de juicios, ni tampoco pinturas o dibujos

que denoten algún tipo de ritual similar, volveremos sobre ello al hablar del *Homo Sapiens Sapiens*. Pero la principal razón que nos lleva a pensar que los Homo no desarrollaron el mecanismo heterocompositivo es indirecta y son las limitaciones de su lenguaje. Existe controversia sobre el origen del habla en los humanos. Generalmente, se concede que los Homo tenían una capacidad lingüística superior a la de los primates (LIEBERMAN 2014: 165 y ss.; ARSUAGA y MARTÍNEZ 2019: 391 y ss.). Pero no está claro cuán desarrollada y si era equiparable a la de los actuales miembros del género.

LIEBERMAN (2014: 165-167) dice que los Homos arcaicos posiblemente estuvieron más cerca del chimpancé, y que los Neandertales no tenían el rostro como el que tenemos hoy que hace fácil emitir sonidos. ARSUAGA y MARTÍNEZ (2019) son también cautos: en cuanto al cerebro, el área de Broca se considera fundamental para el lenguaje, y está desarrollada en estos primeros representantes de nuestro género y, sin embargo, como también sería importante para el uso de las manos, no se considera un dato suficiente (ARSUAGA y MARTÍNEZ 2019: 395-396). Por otro lado, aunque el aparato fonador estuviera más desarrollado, no hay acuerdo entre los expertos de si permitía un habla como la moderna, o sólo un lenguaje rudimentario (ARSUAGA y MARTÍNEZ 2019: 405). En particular, se ha discutido mucho sobre nuestros parientes cercanos los Neandertales. Las últimas investigaciones sobre los Neandertales sugieren que tenían los elementos necesarios para hablar y pensamiento simbólico, pero no hay unanimidad (ARSUAGA y MARTÍNEZ, 2019: 33 y 42).

Los lingüistas BERWICK y CHOMSKY (2016: 62) también son escépticos sobre las capacidades del lenguaje de los Neandertales y los primeros *Homo Sapiens*. Refieren que, aunque hay muestras de arte neandertal, son escasas y no es arte figurativo (BERWICK y CHOMSKY 2016: 50, 62, 171), como ya nos decía WRAGG SYKES (2021: 303) y coincide CAVALLI-SFORZA (1996: 170-171). Según su opinión, el «lenguaje» no surge hasta hace unos 80.000 años, no es un cambio gradual sino un salto evolutivo (BERWICK y CHOMSKY 2016: 79, 101, 169). Tiene su origen en modificaciones genéticas dentro de la especie *Homo Sapiens*, que reconfiguraron los circuitos neuronales, y ocurrieron entre hace 200.000 años y 80.000 años a.c.. Por tanto, no son compartidas con los Neandertales, ni por las otras especies que hemos visto. La fecha de 80.000 años a.c. la establecen por los artefactos hallados en la cueva Blombos de Sudáfrica, en la que vivieron *H. Sapiens*. El lenguaje fue primero una «herramienta mental interior» —mejor planificación, inferencia, etc.—, que luego sirvió para la comunicación. Con el tiempo, esta facultad dio lugar posteriormente a la explosión creativa de la especie. En definitiva, si esta teoría es correcta, debemos descartar definitivamente que los métodos heterocompositivos surgieran con los primeros Homo, salvo el *Sapiens*.

Para concluir, por la cercanía de estos primeros *Homo* con los anteriores homíninos y los primates, su forma de vida nómada, cazadora-recolectora, la inexistencia de rastros o representaciones de «juicios», y su falta de un lenguaje y una inteligencia avanzados, tenemos que hablar de grupos sociales en los que predominó la autocomposición o la autotutela, en función del distinto grado de desarrollo de la especie en cuanto a capacidades sociales, de la inteligencia y lenguaje. Verosímilmente, hubo una evolución partiendo de un predominio autotutela en los más primitivos, hacia la preponderancia de la autocomposición entre *Sapiens*, Neandertales y Denisovanos, sin que por ello desapareciera aquella. Pero no consideramos probable que hubiera ya surgido la heterocomposición.

4. El surgimiento del *Homo Sapiens Sapiens*: 50.000 Años A.C.

Los primeros *H. Sapiens* anatómicamente iguales a nosotros aparecen en 200.000 a.c. pero el cambio más importante en su comportamiento no se da hasta alrededor de 70.000 y 50.000 a.c., dando lugar al *Homo Sapiens Sapiens*. Al principio, todo siguió más o menos igual, cultural y técnicamente hablando, hasta que alrededor de 50.000 a.c. las pruebas son consistentes de un ser creativo que domina artes complejas, como lo evidencian los dibujos en las cuevas de muchos lugares, esculturas varias talladas en roca, herramientas mejores y más finas, todos datados de esta época (MASLIN 2017: 170-171; LIEBERMAN 2014: 158-159).

También de un ser con capacidad de abstracción, memoria y planificación. BERWICK Y CHOMSKY (2016) y CAVALLI-SFORZA (1996: 171) consideran que fue clave la aparición evolutiva del lenguaje. Literalmente, esta especie empezó a pensar de una forma distinta (LIEBERMAN 2014: 169). Pudo transmitir y acumular conocimientos y cultura (CAVALLI-SFORZA 1996: 171). Hay incluso datos de que el *H. Sapiens Sapiens* ya en esa época comerciaba a largas distancias, como parte de grandes y complejas redes sociales (LIEBERMAN 2014: 158). Aparte de un dominio del territorio, requiere una organización y logística que sólo altas capacidades intelectuales podían proporcionar. Es lo que se conoce como la «revolución cognitiva».

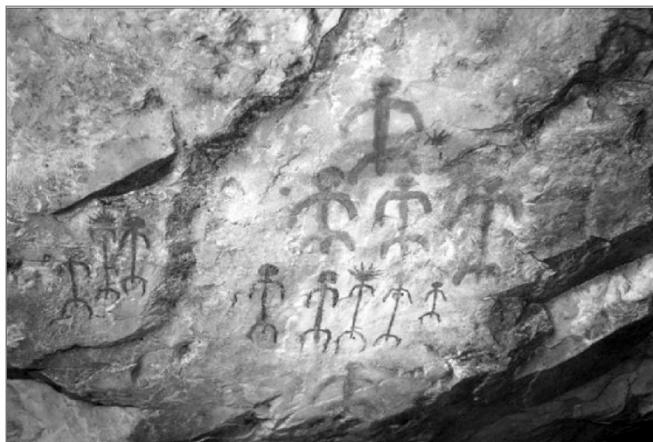
Los científicos constatan que no cambió solo la «inteligencia», sino que el *H. Sapiens* sufrió un proceso de «feminización» craneofacial, significativamente correlacionado con la disminución de los niveles de testosterona (MASLIN 2017: 170-174). La disminución de la testosterona influyó sobre otros aspectos del comportamiento, por ejemplo, incrementando la empatía. Hay por tanto cambios complejos, no sólo de la inteligencia, sino también de las capacidades sociales.

¿Cambió esto la forma de resolver los conflictos? Estos cambios por sí solos no parecen haber sido determinantes de una nueva forma de resolver conflictos, cuanto menos al principio. Si la revolución cognitiva culmina en 50.000 a.c., el arte prehistórico —rupestre y bajo otras formas—, la primera fuente directa de evidencias a la que podemos recurrir, hasta incluso 7.400 a.c. y 7.200 a.c. representa muchos actos de violencia, pero nada que se pueda interpretar como «juicios» con certeza.

De entrada, tenemos el problema de identificación de los símbolos que representarían un acto jurisdiccional, lo que nos lleva al problema más general de interpretación de las representaciones artísticas. Sin conocer la cultura de los que hicieron esas representaciones, la interpretación es muy difícil (SANCHIDRIÁN 2018: 337 y ss.). Los símbolos de la justicia que usamos hoy, como la «balanza» o el «martillo» del juez, ¿son válidos en aquella época? Los primeros rastros de la «balanza» como símbolo o parte de un proceso de impartir justicia que hemos localizado se remontan a la cultura egipcia, en que la diosa Maat, diosa de la verdad y la justicia, que se simbolizaba como una pluma de aveSTRUZ que se utilizaba para pesar el alma de los muertos en el tribunal de Osiris (CARRETERO SÁNCHEZ 2023: 159). Esto nos remontaría a aproximadamente 5.000 o 4.000 a.c., pero el símbolo de la diosa era la «pluma», no la «balanza», aunque la «balanza» era una pieza fundamental en este juicio. Por otra parte, hay piezas artísticas parecidas a «cetros», que, en las primeras civilizaciones, como la sumeria van asociados a la autoridad, pero por los rastros y marcas de uso los científicos descartan que sean objetos de mando y representativos de jerarquías en épocas antiguas, sino asociados a prácticas cinegéticas (SANCHIDRIÁN 2018: 78). Hay que basarse pues en distintos elementos, partiendo de indicios que podamos conocer, pero no es tarea fácil.

Los especialistas en arte rupestre refieren frecuentes representaciones de animales y plantas, y numerosas escenas humanas con varias actividades sociales (de caza, de recolección de frutos, preparación de comida, y también de danza y música, religiosas, y la propia pintura, etc.), pero no se nos habla propiamente de «juicios» o «arbitrajes» (Ver por ejemplo el excelente y completo manual de SANCHIDRIÁN 2018). Hay representaciones de hombres en grupo, que exhiben una cierta organización en su tamaño o disposición, que se interpretan como representaciones de jerarquías sociales y recuerdan «asambleas». Tenemos ejemplos de esto en la Cueva del Castillo de Monfragüe en Cáceres, datados en 40.000 a.c. (COLLADO y GARCÍA 2007).

Ilustración 1. Cueva del Castillo de Monfragüe (40.000 a.c.)



¿Podría ser un juicio? No hay certeza. Por otra parte, hay escenas de violencia como hombres asaeteados (SANCHIDRIÁN 2018: 224-225) y luchas, frecuentemente arqueros, incluso dispuestos con arreglos tácticos, a veces con un supuesto «jefe», destacado por su tamaño o sus adornos (SANCHIDRIÁN 2018: 404-407). Reproducimos el de la Cueva de El Roure, en Morella, datados entre los daños 7.400 y 7.200 a.c.

Ilustración 2. Cueva de El Roure (Morella) (7.400-7.200 a.c.)



También hay escenas que directamente se han interpretado como «ejecuciones» (PATOU-MATHIS 2013: 27; SANCHIDRIÁN 2018: 406). Es el caso de la Cova Remigia, donde aparecen varios arqueros en pelotón apuntando a un individuo. Se ha dicho que demuestran la aplicación de reglas jurídicas por autoridades, pero otros autores interpretan que son una clase magistral de táctica o

una representación de una danza ritual o ejecuciones «ritualizadas» —no reales— de enemigos con efectos mágicos.²² Nos inclinamos por considerar que las escenas de luchas, guerras o ejecuciones son reales y pruebas de una auto-tutela relativamente frecuente, que se corrobora con otros datos que veremos.

Puestos a especular, y para evidenciar la dificultad interpretativa, nos encontramos también con dibujos que parecen la consulta de oráculos. Se trata de representaciones de animales muertos que aparecen rodeados de hombres que no están en el propio acto de cazarlo. Es el caso del ciervo con el cuello retorcido, rodeado de figuras humanas, del Barranco de Famorca en Santa Maira, Alicante, que sería de entre 14.000 y 6.000 a.c. Se ha postulado que no es una escena de caza, sino un rito religioso.²³ Pero también cabe otra interpretación: ¿están consultado sus entrañas para determinar si ha habido adulterio o resolver algún otro conflicto como harían los Azande de África hoy en día?²⁴ Hasta donde sé, nadie ha osado plantear esta hipótesis.

Si los *H. Sapiens Sapiens* en 7.400 a 7.200 a.c. representaban formas de auto-tutela, resulta difícil pensar que jamás representaran un acto social tan relevante como un arbitraje o un juicio. Resultaría extraño que no hubiera representaciones si eran actos sociales relevantes, como lo son las «ejecuciones». Aunque no podemos descartar totalmente la existencia de métodos heterocompositivos, parece muy poco probable que fueran generalizados en los inicios del *Homo Sapiens Sapiens*.

De hecho, los arqueólogos refieren un aumento de rastros de violencia en los restos humanos desde el 50.000 a.c. en adelante (PATOU-MATHIS 2013). Esta segunda fuente de datos que consideramos nos habla incluso de ejecuciones por métodos propios de la mafia.²⁵ PINKER (2011: 59-60), a partir de estudios arqueo-

22. JORDÀ CERDÀ (1975) cita los ejemplos de escenas bélicas en Minateda, Les Dogues, Cingle de Gasulla, Molino de la fuente, Cueva del Roure, y Cueva del Civil. Considera que las pinturas evidencian «jerarquías sociales», con jefes de guerra. No está de acuerdo MATEO SAURA (1995-1996), que aboga por la tesis de sociedades de cazadores recolectores igualitarias, y quien por otro lado apunta a la menor frecuencia de estas representaciones bélicas en las cuevas porque debía ser menos frecuente en la vida de aquellos hombres. Además de los trabajos de JORDÀ CERDÀ, y MATEO SAURA ya citados, también lo refiere SARRIÀ BOSCOVICH (1988-1989). MATEO SAURA es el que prefiere hablar de ejecuciones rituales en vez de actos de ejecución jurídico, como hace JORDÀ CERDÀ.

23. JORDÁN MONTÉS (Julio-diciembre 2017) aboga decididamente por considerar que los animales en posición muerta no forman parte de meras escenas de caza, sino que es posible admitir un «significado trascendente». El autor acepta claramente el sacrificio ritual y dentro de esta categoría bien podría haber representado un acto de lectura de un juicio en las entrañas del animal. También acepta que justifican la existencia de creencias espirituales complejas, pero bien podría tratarse de creencias mágicas relativas a actuaciones legales. Para la datación, he consultado AURA J.E y otros (2000).

24. Sobre la consulta de oráculos en los Azande, ver CHASE (2007).

25. Diario el País, «*El análisis genético de una masacre de hace 6.200 años revela los secretos de la violencia prehistórica*». (10.03.2021) por Juan Miguel Hernández Bonilla. Refiere el encuentro en Croacia, de 38 individuos, hombres y mujeres en la misma proporción, la mayoría (70%) sin parentesco, enterrados con síntomas

lógicos de cadáveres, ha calculado que la tasa de muertes por violencia, en una muestra de 21 sociedades prehistóricas recientes (entre 14.000 a.c. y posteriores) era del 15%, lo que es muy superior a la tasa en nuestros modernos estados. El mismo autor, a partir de estudios entre sociedades cazadoras-recolectoras modernas, pero que podrían ser representativas de los *Homo* viviendo en circunstancias equivalentes, observa una frecuencia de cadáveres con violencia del 14%. Es una media de 8 grupos, que incluyen los Ache (Paraguay), los más violentos con un 14%, hasta los Anbara (Australia) con un 4%. Y entre sociedades cazadoras-hortícolas, hay una frecuencia de cadáveres con violencia del 24,5%. Es una media de 10 grupos, que incluye los Waorani (Amazonas) con un 60%, y los Anggor (Nueva Guinea) con un 15%. Se trata de cifras nada desdeñables, que efectivamente corroboran lo que vemos en las pinturas rupestres.

Esto nos lleva a hablar de la tercera fuente que podemos utilizar para averiguar cómo resolvían sus conflictos los primeros *Homo Sapiens Sapiens*, que es acudir a los estudios antropológicos de los grupos humanos que viven en circunstancias comparables. Pero ¿hasta qué punto el comportamiento de los primitivos modernos son extrapolables al *Homo Sapiens Sapiens* prehistórico? Los expertos siempre se han mostrado muy cautos en la extrapolación, pero muchas veces es prácticamente lo único que tenemos (LIEBERMAN 2014: 149-151; PATOU-MATHIS 2013: 14). Respecto de la resolución de conflictos, hay que ser especialmente cautelosos porque es un aspecto de la cultura, no genético, y es uno de los ámbitos de la vida más afectados por el crecimiento del poder del Estado moderno. No es difícil encontrar ejemplos de sociedades primitivas que han modificado sus comportamientos al resolver conflictos como consecuencia del monopolio de la violencia física por el Estado.²⁶ Además del contacto con nuevas formas culturales, las sociedades de cazadores-recolectores modernas han visto drásticamente reducido y modificado su hábitat. Se ven obligadas a convivir con la sociedad moderna industrial y sedentaria, frecuentemente en sus márgenes. Dicho esto, veamos qué sugieren.

de violencia, de la cultura Lasinja del Eneolítico Medio, datados en 4.200 a.c.. Una masacre, no una guerra —por la igualdad de sexos entre los cadáveres—, atribuida a una combinación de condiciones climáticas y aumento de la población. También Diario el País, «Los primeros agricultores europeos practicaba un asesinato ritual que hoy usa la mafia» (10.04.2024) por Miguel Angel Criado. Se expone el hallazgo en el Valle del Ródano de 2 mujeres, de hace 6.000 o 5.500 años, puestas boca abajo, con las piernas dobladas hacia atrás, una cuerda con nudo corredizo desde el cuello a los tobillos. Es el «incapretamiento» mediante el cual se asfixiaron a sí mismas al cansarse y estirar las piernas. Se refiere que en la cueva de Addaura, existen frescos representativos de esta práctica también y hay estudios de hasta 20 casos de este sacrificio ritual, principalmente hombres, pero también mujeres y niños.

26. YOUNG (1971: 254-256), tras estudiar en su libro el *abutu* —lucha de regalos, en concreto ñames— que practican los Masim en Nueva Caledonia reconoce que con anterioridad a la llegada del Estado moderno estas mismas sociedades acudían a la autotutela y a la violencia para resolver sus conflictos. El *abutu* es una forma de «lucha» moderna, ante la supresión de la violencia, como forma de ganar prestigio y castigar a los enemigos. Quizá nunca hubiera sido desarrollada si no hubiera llegado la civilización.

ROBERTS (1979: 80-99) analiza la resolución de conflictos entre cazadores-recolectores nómadas modernos, el mismo tipo de vida que llevaban los primeros *Homo Sapiens Sapiens*. Son generalmente sociedades con escasas diferencias de estatus, con pocas pertenencias, un elevado grado de cooperación. En ellas, predominan los métodos autocompositivos y la autotutela, raramente la heterocomposición.²⁷

Entre los mecanismos que podemos catalogar como autocompositivos, Roberts observa que la dispersión del grupo es una forma habitual de resolver conflictos, cuando es posible por el medio en que vive el grupo, como hacen los Hadza de Tanzania. Pero es una forma drástica y no universal. También explica que los iKung reducen el conflicto mediante la supresión del conflicto abierto. Es decir, renuncian a hacerlo aflorar, rehúyen hasta los insultos. Es una muestra de autocontrol autocompositiva.

Entre las formas de autotutela que menciona, está la violencia física, como entre los Esquimales, pero normalmente se recurre a formas de violencia ritualizada en que se evita dañar seriamente al adversario o matarlo. Los Siriono de Bolivia se pelean borrachos durante sus fiestas, así evitan males mayores. También es frecuente la ridiculización y recriminación pública, cantando entre los Esquimales, o con mimo entre los Mbuti del Congo. En algunas sociedades, la violencia mágica también es muy temida, ocurre entre los Gidjingali, una tribu aborigen australiana. Y existe la expulsión de un individuo del grupo, un serio castigo cuando la vida en solitario es prácticamente imposible, como ocurre entre los pigmeos Mbuti del Congo. Se puede catalogar de autotutela en la medida en que el conflicto es entre el individuo y el grupo y realmente no hay tercero que intervenga.

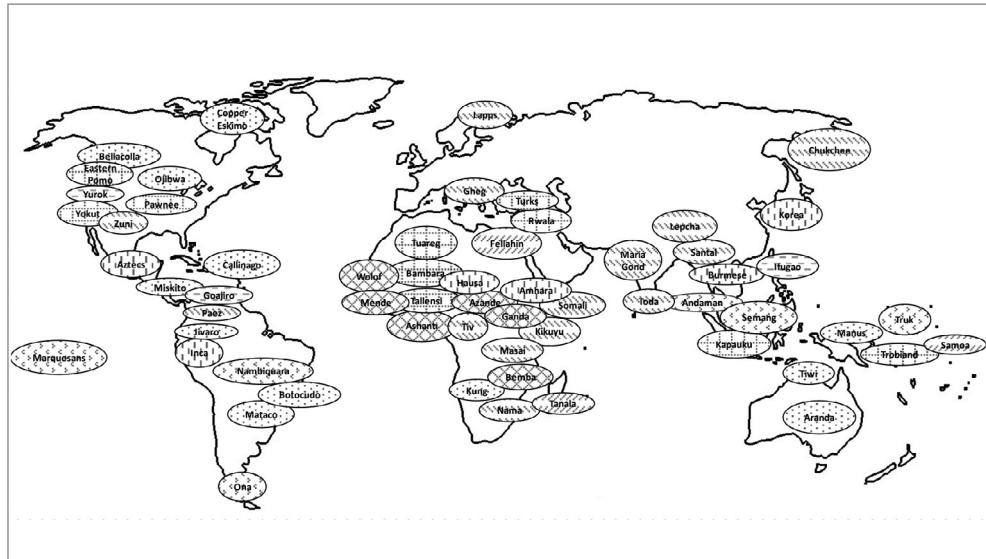
Existe la intervención de terceros, pero normalmente en un marco autocompositivo —conciliación, mediación—, raramente hay heterocomposición, lo que ROBERTS (1979: 97) atribuye al carácter fuertemente igualitario de estas sociedades. Entre los que recurren claramente a la heterocomposición, se encuentran los indios Cheyenne.

Otro estudio fantástico es el de NEWMAN (1983), que recopiló y analizó una muestra de 66 sociedades primitivas para estudiar su forma de resolver conflictos. Registró la forma de resolver un conflicto prevalente en una determinada sociedad, en términos de «prevalencia normativa», es decir, de lo generalmen-

27. ROBERTS (1979: 98) teoriza que la mezcla entre una u otra forma de resolver conflictos depende del medioambiente en que viven las sociedades y la organización política. Si es necesario mantener al grupo unido porque la vida en solitario o en grupos muy reducidos es imposible, la resolución de conflictos deviene más importante, no basta con dispersarse o irse.

te apropiado. El siguiente mapa, elaborado por nosotros, muestra la distribución geográfica de estas sociedades junto con el mecanismo prevalente en ellas:

Ilustración 3. Sociedades primitivas y resolución de conflictos (Newman)



Autotutela		Consejo restringido	
Sistema consultivo		Jefatura	
Sistema de mediación		Jefe Supremo	
Consejo de ancianos		Sistema estatal	

La muestra de sociedades de Newman es representativa de una variedad de climas, geografías y culturas, lo que encomiable. Podemos ver que existe una gran dispersión y variación geográficas en la distribución de mecanismos. Hay autotutela en tres continentes (América, África y Oceanía), autocomposición en dos (América y Asia), y heterocomposición en cuatro (América, África, Asia y Europa). Esto indica que hay que buscar explicaciones localizadas o particulares para el surgimiento del mecanismo, ligadas a las condiciones de vida del grupo.

Lo es el planteamiento de Newman que parte de una teoría marxista. Sostiene que las formas de resolver conflictos dependen de los modos de producción y

la jerarquización social. Sus datos eran los siguientes, presentados en términos de nuestras categorías de interés:

Tabla 1. Formas de resolución de conflictos y economía

	Autocomposición	Autotutela	Heterocomposición	Total
Cazadores recolectores, pescadores y cazadores	7 25%	11 39%	10 36%	28 100%
Agricultores extensivos, secano, y de regadío intenso	2 6%	1 3%	29 90%	32 100%
Total	9 15%	12 20%	39 65%	60 100%

Entre las sociedades de cazadores-recolectores, hay 11 sociedades (39%) en que predomina la autotutela, pero en 7 predomina la autocomposición (25%). La heterocomposición no predomina más que en 10 (36%). Ahora bien, hemos agrupado como formas heterocompositivas los consejos de ancianos, los consejos restringidos, las jefaturas, los jefes supremos y los sistemas estatales. De estos 10, hay 6 sociedades con jefes supremos, con rasgos de dictadura, en que podríamos dudar si lo que hay es autotutela disfrazada. Sin más datos estadísticos de frecuencia de conflictos e intensidad, o cualitativos de valoración social, no se puede decir más.

En la tabla mostramos los datos para las sociedades de agricultores, porque la «revolución agrícola», que se produce aproximadamente en 10.000 a.c., produce un punto de inflexión importante en la vida del *Homo Sapiens Sapiens*. Esta revolución fue un proceso mediante el cual se produce la transición de muchas comunidades de *Homo Sapiens Sapiens* a sociedades de economía mixta cazadora-recolectora y agrícola, hasta finalmente sociedades de economía agrícola. Esto trajo consigo profundos cambios sociales, como la sedentarización y convivencia intensas permanentes en el tiempo, por residir diversas familias o grupos en un mismo territorio de forma permanente, y el incremento de la población (DIAMOND 1997: 100 y ss.; HARARI 2013: 95 y ss.). Una intensificación de la vida social de tal calibre, sin posibilidad de «irse» salvo abandonando los cultivos, conllevó un incremento de las oportunidades para el conflicto y también un cambio en las formas de gestionarlos, generalizando los métodos heterocompositivos.

Como se ve con los datos de Newman en la tabla anterior, las sociedades agrícolas muestran una gran propensión al empleo de métodos heterocompositivos, puesto que este mecanismo prevalece en un 90% de las sociedades primitivas que estudia. La autocomposición y la autotutela quedan relegadas respectivamente a un 6% y un 1% de las sociedades primitivas que considera, un gran cambio respecto de las sociedades cazadoras-recolectoras. La otra variable de su estudio, la jerarquización social, propia de las sociedades más complejas, muestra también un efecto propio e independiente en el mismo sentido: a mayor jerarquización, mayor tendencia a la heterocomposición. Es posible que la jerarquía esté ligada al mayor grado de complejidad incluso dentro de la categoría de los métodos heterocompositivos.

Estos datos estadísticos podemos completarlos con ejemplos concretos de lo que debió implicar la revolución agrícola en 10.000 a.c. Tenemos un experimento social en la cultura somalí, que habita el cuerno nororiental de África, estudiada con detalle en los años 1950 por LEWIS (1961). En aquel momento, era una sociedad con comunidades de familiares viviendo del pastoreo en que predominaba la autotutela tanto dentro del grupo como fuera, combinada con métodos heterocompositivos, de tipo consejos de sabios. En aquella época, por razones diversas, algunas comunidades estaban abandonando el pastoralismo por la agricultura, y a la vez abandonando la autotutela por los métodos heterocompositivos. Es decir, podemos decir que la transición a la agricultura comportó también un cambio social y cultural hacia el método heterocompositivo.

Las primeras sociedades complejas o civilizaciones que surgieron tras la revolución agrícola, basadas por supuesto en la agricultura, también abrazaron los métodos heterocompositivos, cuanto menos en la primeriza Mesopotamia.²⁸ Hay que verlo en un contexto de progresiva supresión de la autotutela en forma de violencia física y económica. Los autores de los primeros textos jurídicos de Mesopotamia, en Oriente Medio, de mediados del tercer milenio a.c. explícitamente pretendían reducir la violencia y proteger a los débiles, toda una muestra de empatía, proceso en que se promueve la heterocomposición. El sacerdote Emmetena (2.404-2375 a.c.) de Lagash, hizo una condonación general de deudas y cargas a ciudadanos de la capital Lagash (actual Al-Hibba), Uruk, Larsa y Badtibira (LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ 1994: XIX, 3-5 y 7-8). A los pocos años, el sacerdote Uruinimgina (reinó 2.352-2.342 a.c.), ante los

28. En efecto, como exponen DIAMOND (1997: 94-96) y HARARI (2013: 95-97) la agricultura surge en varios lugares distintos de forma independiente. En Turquía/Oriente Próximo (9.000 a.c.), China (7.000 a.c.), Nueva Guinea (6.000 a.c.), Centroamérica (4.500 a.c.), Andes (3.500 a.c.), Oeste de África (3.000 a.c.), Este de América (2.000 a.c.). Por tanto, sería interesante observar si en dichos lugares se produjeron cambios en la resolución de conflictos en paralelo o no.

abusos que se venían cometiendo por cargos o gremios, dispuso la remoción de los abusadores, la reducción de la burocracia unificando cargos, una bajada de impuestos, la supresión de trabajos forzosos, la mejora de las condiciones laborales, la promoción del intercambio voluntario, la protección de los oprimidos y la condonación de deudas. Y después, el sacerdote Gudea (2.144-2.124 a.c.) adoptó medidas para la reducción de la violencia entre las personas, la abolición de las diferencias sociales, y la liberación de esclavos por deudas. LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ (1994: XXII) destacan la sensibilidad personal de este gobernante, la gran preocupación que mostró hacia su pueblo y sus medidas para «pacificar» las relaciones familiares y sociales. Ur-Nammu (2.112-2095 a.c.) se designaba como «aquel que estableció el Reinado del Derecho en la tierra (LARA PEINADO Y LARA GONZÁLEZ 1994: XXV). Y Lipit-Ishtar (1.934-1924 a.c.) se decía llamado a «establecer la justicia en el país, extirpar por la palabra la iniquidad, para destruir por la fuerza el desorden y la malevolencia, para establecer el bienestar en Sumer y en Akkad» (LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ 1994: 84).

Estos mismos códigos nos desvelan también las primeras menciones a métodos heterocompositivos. El sacerdote principal de Gudea (2.144-2.124 a.c.) se queja de que «En el distrito de Lagash, nadie que tuviera un pleito acudía al lugar del juramento» (LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ 1994: 49). El lugar del juramento era el templo, donde se impartía justicia por los sacerdotes. En las series Ana Ittitsu, un manual escolar cuyas reglas databan del 1880 a.c., se requería hacer declaración jurada ante la Puerta del Templo a fin de quedar liberado de responsabilidad (LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ 1994: 78-79). En el Código de Shulgi se castiga la obstrucción a la justicia: se obliga a los testigos que rehúsan prestar juramento a indemnizar con el valor del objeto del litigio (LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ 1994: 70). También se castiga la falsa denuncia o acusación, en el Código de Shulgi por medio de una ordalía, pero en el Código de Lipit-Ishtar, posterior, se prevé una pena equivalente a la pena del asunto del cual había acusado. En el Código de Eshnunna (datado 1980 a.c. o 1835-1795 a.c.), se menciona también la existencia de litigios e incluso hay normas de competencia.²⁹ Por supuesto, el Código de Hammurabi (1.792 a.c.-1.750 a.c.) representó el avance más importante y conocido en la administración de la justicia.

Sin embargo, estos primeros códigos de la humanidad nos dejan claros ejemplos de autotutela en las relaciones sociales. Esta violencia legítima a veces es claramente física: el policía azota a la gente, el amo le pega al esclavo, el capataz azota al empleado, la madre castiga al hijo, se apedrea a la mujer que habla

29. «Así, por el asunto judicial de plata, de un tercio de mina, hasta una mina, ellos [los jueces] examinarán el proceso; el asunto judicial de vida pertenece únicamente al rey» (LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ 1994: 133)

mal de un hombre, se expulsa de la ciudad a invocadores de espíritus, nigromantes y mujeres de mala reputación, se tatúa la cabeza del esclavo que discute a su señor, se permite el secuestro del esclavo de otro hombre si hay alguna reclamación. Otras veces la violencia es económica, como la regulación del superior que desea la casa del vecino inferior en rango, o la del esclavo que entrega su primer hijo a su señor. Otras se violenta la libertad, como la venta como esclavo del hijo que reniega del padre, la entrega de familiares en garantía de deudas y su esclavización en caso de impago. Hay que poner en contexto esta regulación de la violencia legítima. Se produce en una época en que el gobierno es reducido y frágil. Reina la instabilidad política y legal, por ataques internos o externos. Hay hambrunas, pestes, y crisis económicas que desestabilizan el orden social. Una regulación de la violencia legítima es mejor que ninguna regulación.

En todo caso, alrededor 2.500 a.c. y 2.000 a.c. aparecen los primeros rastros escritos de la celebración de arbitrajes y juicios. A partir de tablillas de arcilla con escritura cuneiforme, se han podido reconstruir instituciones y prácticas del derecho sumerio y asirio. Los rastros de estos procesos judiciales y arbitrales son actos de citación, cuestiones de competencia, actos de toma de prueba, sentencias, recursos, medidas cautelares, etc. (HERTEL 2013). Se utilizaban distintos medios de prueba: principalmente, declaraciones testificales, pero también documentos, al lado de las presunciones, juramentos, ordalías y oráculos (WESTBROK 2003: 32-35). No sólo los juicios, sino que la organización judicial, también era compleja. Existían tribunales centrales, provinciales, y locales, que podían ser unipersonales o colegiados, y el rey era el juez supremo (WESTBROK 2003: 29-30). Resulta sorprendente que los primeros vestigios que tengamos sean de arbitrajes y juicios tan desarrollados, y lo único que cabe pensar en que vinieron a recoger lo que ya anteriormente debían haber sido actos puramente orales, dando seguridad jurídica a las partes. Es decir, la heterocomposición sería una práctica anterior al surgimiento de la escritura, que tuvo lugar alrededor de 4.000 a.c.

Ahora bien, la revolución agrícola no «causó» el surgimiento de la heterocomposición, sino que fue un detonante de su propagación. Queda por consiguiente una cuestión importante por resolver y es la del porqué dos *Homo Sapiens Sapiens* aceptarían someterse a la decisión de un tercero. Aquí hay dos teorías principales. La primera de ellas, que denominaremos «teoría de la objetivación», es que la intervención del tercero es la única forma de superar la subjetividad humana. Frente a dos visiones de la realidad, sólo el hecho de que un tercer humano comparta una de ellas permite resolver la cuestión de si alguna de ellas es correcta. La segunda es la «teoría de la imposición». Es decir, el método heterocompositivo viene impuesto por el grupo ante la necesidad de promover la paz social y la cohesión del grupo, no queda en manos de los

individuos. Por tanto, el tercero es aquel que, según la sociedad, tiene la capacidad de decidir y las partes se ven obligadas acudir a él. Ambas teorías son plausibles, y una solución del porqué seguramente debería determinar si la heterocomposición privada fue previa o posterior a la pública. Es decir, cuál fue primero, el arbitraje privado o la justicia estatal. Es necesaria una investigación más profunda puesto que, por todo lo que sabemos, los comerciantes asirios acudían al arbitraje para resolver sus conflictos (HERTEL 2013) de forma coetánea al surgimiento de las sentencias de los primeros Estados (KRAMER 1956).

5. Conclusiones

Con la llegada de la escritura se pone fin a la prehistoria y por tanto también a nuestro recorrido, pero el viaje hasta aquí nos permite establecer algunas conclusiones y observaciones para los estudiosos del derecho procesal.

Durante la mayor parte de nuestra prehistoria, a lo largo de millones de años, predominó la autotutela en forma de violencia física o económica. Con el tiempo fueron ganando terreno la autocomposición, primero, y luego la heterocomposición, que es un invento muy reciente. Hay una evolución en las formas de resolver los conflictos que acompaña a la de los homíninos.

El mecanismo heterocompositivo es una creación del *Homo Sapiens Sapiens*. Tras observar a nuestros antepasados homíninos y otras especies *Homo* semejantes a la nuestra, como los neandertales y denisovanos, los *Homo Sapiens Sapiens* fueron los primeros y posiblemente los únicos en celebrar «juicios» para resolver conflictos. No hay rastros de una especie o civilización antigua pero avanzada, que celebrara «juicios» y que luego se extinguiera. Al contrario, el registro prehistórico revela que en algún momento surgieron y se expandieron los métodos heterocompositivos que conocemos en la actualidad.

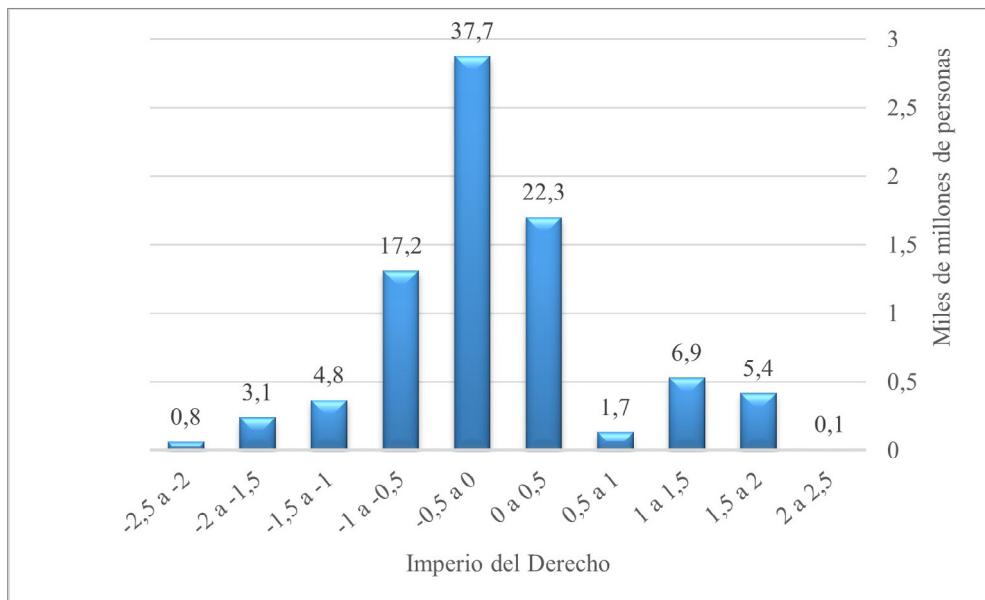
Esta invención tuvo lugar tras la revolución cognitiva, entre 50.000 a.c. y 10.000 a.c. Durante millones de años que dura la prehistoria, esta forma de resolver conflictos no existía. Tras su surgimiento, la revolución agrícola, con la sedentarización de las poblaciones humanas y el aumento de la población, fue clave en su expansión en las nacientes civilizaciones, que la utilizaron como forma de reducir el uso de la autotutela y la violencia en general.

La invención fue el producto de la inteligencia del *Homo Sapiens Sapiens*, ligada a otras capacidades emocionales fundamentales como la empatía, la reciprocidad, el altruismo, etc. compartidas con otras especies. Esto no quiere decir que las otras especies no puedan, quizás algún día, desarrollar por su cuenta o incorporar por imitación el mecanismo heterocompositivo para resol-

ver conflictos. Es posible que lo hagan si alcanzan una inteligencia avanzada sobre la base de las otras capacidades emocionales necesarias.

Pero incluso hoy en día, no es un mecanismo prevalente en el mundo, si hacemos el cálculo en función del número de *H. Sapiens* viviendo bajo regímenes jurídicos que abrazan el Estado de Derecho, que suele ir de la mano de la heterocomposición. En la ilustración 4, reproducimos el número de personas viviendo bajo distintos grados de imperio del Estado de Derecho.³⁰ Este índice es elaborado por el Banco Mundial anualmente y varía entre —2,5 (peor) y 2,5 (mejor). Podemos apreciar que un 60% de la población mundial vive con niveles medios de presencia del Estado de Derecho.³¹

Ilustración 4. *H. Sapiens* viviendo bajo el Imperio del Derecho en 2018 (Indicadores de Gobernanza del Banco Mundial)



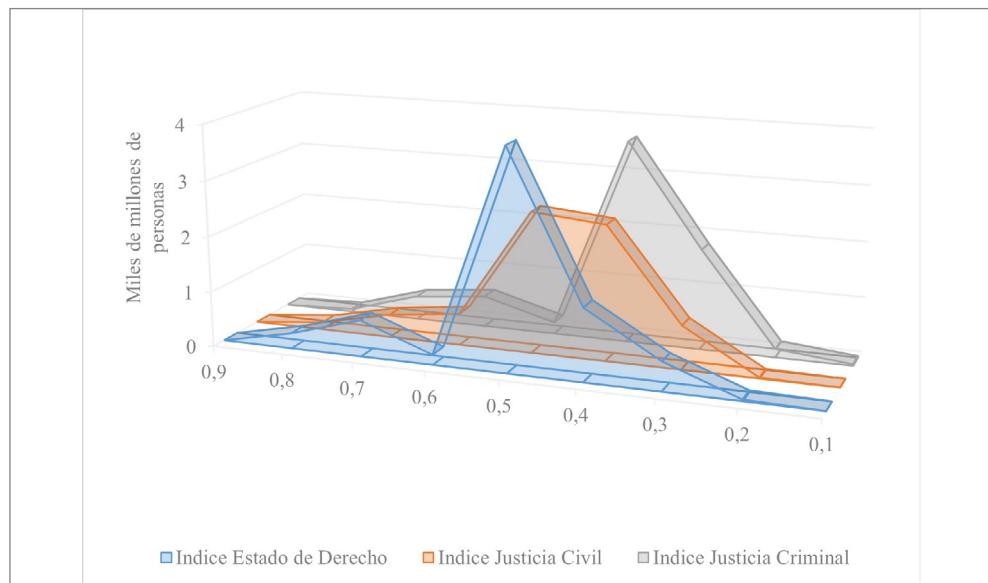
En la ilustración 5, hacemos lo mismo con índices sobre la efectividad del estado de derecho en general, la efectividad de la justicia civil y de la justicia penal,

30. Tenemos muestra de 167 países, que suman 7.606.890.855 habitantes según la Base de Datos de las Naciones Unidas, World Population Prospects, para el año 2018. Se toma la estimación media. Estos países representan el 99% de la población mundial (7.631.091.040 habitantes), por lo que la muestra es muy representativa.

31. Sitio web donde pueden encontrarse los datos: www.worldbank.org/en/publication/worldwide-governance-indicators.

elaborados por la asociación sin ánimo de lucro *World Justice Project*³² donde 0 indica un peor funcionamiento y 1 un funcionamiento mejor. De nuevo, resulta que la mayor parte de la población mundial vive bajo sistemas en la que la tutela judicial y el Estado de Derecho tienen una efectividad media.

Ilustración 5. H. Sapiens bajo el Imperio del derecho en 2018 (índices World Justice Project)



Por tanto, hay mucho que hacer para garantizar que el mecanismo heterocompositivo realmente alcance a toda la población mundial.

En fin, los métodos de resolución de conflictos tienen efectos también sobre la evolución. La evidencia en general es que este método de resolución de conflictos ha contribuido a la desaparición de la violencia y a la creación de sociedades más justas, reduciendo la posibilidad de que surjan individuos inclinados a la autotutela, en un bucle que se retroalimenta, pero que debemos conservar para que se mantenga.³³

En honor a mi maestro, el Prof. Manuel CACHÓN CADENAS, espero haber podido mostrar que la Historia tiene mucho que enseñar al Derecho Procesal, al igual que éste a aquella. Este trabajo le está dedicado, con todo mi afecto y admiración, puesto que él me lo inspiró, tratando de extender la mirada curiosa a

32. Sitio web donde pueden encontrarse los datos: worldjusticeproject.org.

33. Defienden el impacto en la evolución genético de nuestras prácticas sociales BOEHM (2012: 149-150). También más generalmente CAVALLI-SFORZA (1996: 173 y ss.)

todas las épocas que pudieran aportar algo a la ciencia procesal y quedaban por estudiar. Y lo escribo con la esperanza de que, en un futuro, un investigador como el Profesor CACHÓN, con mente sabia y amor genuino por la ciencia, lo leerá y que las aportaciones a la ciencia sobrevivirán y fructificarán. Formarán parte de la Historia del Derecho Procesal, que él con tanta luz nos ha explicado. Aquella de la que él mismo forma ya parte y al que recordarán, muchas generaciones de jóvenes investigadores. Muchas gracias, querido Profesor, por todos estos años de buena ciencia, de inspiración y guía, y de cariño.

6. Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa, Contribución al estudio de los fines del proceso*, Universidad Nacional Autónoma de México (1947).
- ARSUAGA, Juan Luis y MARTÍNEZ, Ignacio, *La especie elegida. La larga marcha de la evolución humana*, Ed. Destino (2019).
- AURA Y J.E y otros, «Les coves de Santa Maira (Castell de Castells, La Marina Alta, Alacant, primeros datos arqueológicos y cronológicos)», *Rerqueries del museu d'Alcoi*, nº 9, pp. 75-84 (2000).
- BERWICK, Robert C. Y CHOMSKY, Noam, *¿Por qué solo nosotros?: evolución y lenguaje*, Ed. Kairós SA (2016).
- BOEHM, Christoper, *Moral origins: The evolution of virtue, altruism, and shame*, Ed. Basic Books (2012).
- BONMATÍ, Alejandro, GÓMEZ OLIVENCIA, Asier, ARSUAGA, Juan Luis, CARRETERO DÍAZ, José Miguel, GRACIA, Ana, MARTÍNEZ, Ignacio, LORENZO MERINO, Carlos, «El caso de Elvis el Viejo de la Sima de los Huesos», *Dendra médica. Revista de humanidades*, Vol. 10, Nº noviembre, págs. 138-1462 (2011).
- CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, «Algunas ideas sobre el derecho y la justicia en el antiguo Egipto», *Revista de Derecho de la UNED*, nº 31, pp. 149-163 (2023).
- CAVALLI-SFORZA, Luigi Luca, *Genes, pueblos y lenguas*, Ed. Crítica (1996). Utilizo versión del 2000.
- CHASE, Oscar, *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, NYU Press (2007).
- CLAY, Zanna Y DE WAAL, Frans B.M., «Sex and strife: post-conflict sexual contacts in bonobos», *Behavior*, DOI:10.1163/1568539X-00003155 (2014).
- COLLADO GIRALDO, Hipólito, GARCÍA ARRANZ, José Julio, «Últimas intervenciones en la cueva del Castillo de Monfragüe (Cáceres): actuaciones de adecuación para la visita y revisión de sus manifestaciones rupestres», *Cuadernos de Arte Rupestre*, nº 4, pp. 313-351 (2007)
- CONDEMI, Silvana Y SAVATIER, François, *L'énigme Denisova*, Éditions Albin Michel (2024).

- COOLS, Annemieke K.A., VAN HOUT, Alain J.-M. & NELISSEN, Mark H., «Canine reconciliation and third-party-initiated postconflict affiliation: do peace-keeping social mechanisms in dogs rival those of higher primates?», *Ethology* nº 114, pp. 53-63 (2008)
- DE WAAL, Frans, *Chimpanzee politics. Power and sex among apes*, John Hopkins University Press (1982). Utilizo una reimpresión de 2007.
- DE WAAL, Frans B.M., «Primates – a natural heritage of conflict resolution», *Science*, Vol. 289, pp. 586-590 (28.07.2000).
- DE WAAL, Frans, *El mono que llevamos dentro. ¿Hemos heredado de nuestros ancestros algo más que el ansia de poder y una violenta territorialidad?*, Tusquets Editores (2005).
- DE WAAL, Frans, *La edad de la empatía. Lecciones de la naturaleza para una sociedad más justa y solidaria*, Tusquets Editores (2009).
- DIAMOND, JARED, *Guns, Germs and Steel. A short history of everybody for the last 13.000 years*, Ed. Vintage (1997). Utilizo la edición de 2017.
- FRASER, Orlaith N. Y AURELI, Filippo, «Reconciliation, Consolation and Postconflict Behavioral Specificity in Chimpanzees», *American Journal of Primatology* nº 70, pp. 1114-1123 (2008).
- HOLOBINKO, Anastasia Y WARING George H., «Conflict and reconciliation behavior trends of the bottlenose dolphin (*Tursiops truncates*)», *Zoo Biology* 29: 567-585 (2010).
- JOORDENS, Josephine A. y otros, «*Homo erectus* at Trinil on Java used shells for tool production and engraving», *Nature*, Vol. 518, pp. 228-231 (12 February 2015).
- JORDÀ CERDÀ, Francisco, «La sociedad en el arte rupestre levantino», *Saguntum: Papeles del Laboratorio de Arqueología de Valencia*, nº 11, págs. 159-184 (1975).
- JORDÁN MONTÉS, Juan Francisco, «Los animales en trance de muerte en el arte rupestre levantino español», *Cuadernos de Arte Prehistórico*, nº 4, pp. 141-179 (Julio-diciembre 2017)
- HARARI, Yuval Noah, *Sapiens. De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, Ed. Debate (2013).
- HERTEL, Thomas Klitgaard, *Old Assyrian legal practices: law and dispute in the Ancient Near East*, Nederlands Instituut voor het Nabije Oosten (2013).
- KRAMER, Samuel Noah, *La historia empieza en Sumer*, Ed. Aymá (1956).
- LARA PEINADO, Federico y LARA GONZÁLEZ, Federico, *Los primeros códigos de la humanidad*, Editorial Tecnos (1994).
- LEWIS, I.M. *A Pastoral Democracy: A Study of Pastoralism and Politics*, Oxford University Press (1961).
- LIEBERMAN, Daniel E., *La Historia del cuerpo humano, Evolución, Salud y Enfermedad*, Editorial Pasado & Presente (2014).
- LORENZO MERINO, Carlos, «El yacimiento de la Sima de los Huesos», en Atapuerca, *El gran tesoro arqueológico que ilumina los secretos de la evolución*

- humana (Marina Mosquera Coord.), Ed. Pinolia, pp. 11-22 (2024).
- MASLIN, Mark, *The cradle of Humanity, How the changing landscape of Africa made us so smart*, Oxford University Press (2017).
- MATEO SAURA, Migue Angel, «La vida cotidiana en el arte rupestre levantino», *Anales de Murcia*, nº 11-12, pp. 79-90 (1995-1996)
- NEWMAN, Katherine, *Law and Economic Organization: A Comparative Study of Preindustrial Studies*, Cambridge University Press (1983).
- PALAGI, Elisabetta, PAOLI, Tommaso, BORGOGNINI TARLI, Silvana, «Reconciliation and consolation in captive bonobos (*pan paniscus*)», *American Journal of Primatology*, Vol. 62, pp. 15-30 (2004).
- PATOU-MATHIS, Marylene, *Préhistoire de la violence et de la guerre*, Ed. Odile Jacob (2013).
- PINKER, Steven, *The better angels of our nature. A history of violence and humanity*, Penguin Books (2011).
- PLOTNIK, Joshua M. y DE WAAL, Frans B.M., «Asian elephants (*Elephas maximus*) reassure others in distress», *PeerJ* 2:e279; DOI 10.7717/peerj.278 (2014).
- ROBERTS, Simon, *Order and dispute, An introduction to legal anthropology*, Penguin Books (1979).
- ROMERO, Teresa y DE WAAL, Frans B.m., «Chimpanzee (*Pan troglodytes*) consolation: third-party identity as a window on possible function», *Journal of Comparative Psychology*, Vol. 124, nº 3, pp. 278-286 (2010)
- ROMERO, Teresa, CASTELLANOS, Miguel A., DE WAAL, Frans B.M., «Post-conflict affiliation by chimpanzees with aggressors: other-oriented versus selfish political strategy», *PLoS ONE* 6(7): e22173. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0022173> (2011).
- ROSELYN, Beth Peterson, *Conflict management in captive bonobos (*pan paniscus*): valuable relationships, relationship repair, and third-party interactions with aggressors*, Disertación para obtener el doctorado, disponible en <https://escholarship.org/uc/item/7vx1503d> (2015).
- SANCHIDRIÁN, Jose Luis, *Manual de arte prehistórico*, Ed. Ariel (2018).
- SARRIÀ BOSCovich, Elisa, «Las pinturas rupestres de Cova Remigia, Ares del Maestre, Castellón», *Lucentum*, nº VII-VIII, pp. 7-33 (1988-1989).
- TORRE SÁINZ, Ignacio de la, DOMÍNGUEZ RODRIGO, Manuel, «Gradualismo y el equilibrio puntuado en el origen del comportamiento humano», *Zephyrus*, nº. 51, pp. 3-18 (1998)
- WATTS, David P., «Conflict resolution in chimpanzees and the valuable-relationship hypothesis», *International Journal of Primatology*, Vol. 27, Nº 5, pp. 1337-1364 (2006).
- WESTBROOK, Raymond, *The Character of Ancient Near Eastern Law*, en *A History of Ancient Near Eastern Law*, (Raymond Westbrook Ed.), 2 Vol., Brill Academic Publishing, pp. 1-90 (2003).
- WRAGG SYKES, Rebecca, *Neandertales, La vida, el amor, la muerte y el arte de nuestros primos lejanos*, Editorial Planeta (2021).

YAMAMOTO, CHISATO, MORISAKA TADAMICHI, FURUTA, KEISUKE, ISHIBASHI TOSHIAKI, YOSHIDA AKIHIKO, TAKI, MICHIIRO, MORI YOSHIHISA & AMANO MASAO, «Post-conflict affiliation as conflict management in captive bottlenose dolphins (*Tursiops truncatus*)», *Scientific reports*, 5, 14275; doi: 10.1038/srep14275 (2015)

YOUNG, Michael, W.. *Fighting with Food, Leadership, Values and Social Control in Massin Society*, Cambridge University Press (1971).

XIX | El concepto de prueba ilícita en Manuel Serra Domínguez^{1 2}

Miquel Tucho Morillo

Doctorando en Derecho Procesal Universitat Pompeu Fabra

Becario de la Fundación Manuel Serra Domínguez

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ESCASO INTERÉS DE LA ILICITUD PROBATORIA EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA TRADICIONAL. 3. LA AMPLIA CONCEPCIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA COMO RESULTADO DE LA IMPLÍCITA DISTINCIÓN ENTRE CONCEPTO Y CONSECUENCIA JURÍDICA. 4. SU DOBLE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. 5. LA INEFICACIA EXCLUSIVAMENTE LIMITADA A LAS PRUEBAS OBTENIDAS O REALIZADAS CON INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 6. LA *FICTIO IURIS* DE LA NO PROPOSICIÓN DE PRUEBA COMO REMEDIO SUFICIENTE

1. Introducción

La prueba ilícita se ha convertido en los últimos tiempos en uno de los temas más intrincados y debatidos entre la academia procesal española, como así lo atestigua la ingente producción doctrinal que ha habido al respecto.³ Ciertamente, desde la STC 114/1984 y la promulgación del art. 11.1 LOPJ, se han

1. Es un honor para mí poder participar en el libro homenaje al querido profesor Manuel Cachón Cadenas, especialmente para alguien que se inicia en la investigación universitaria. He tenido la inmensa suerte de contar con su orientación, pues es el tutor designado por la Fundación Manuel Serra Domínguez para el seguimiento de mi tesis doctoral. Si pudiera destacar lo que más me ha impactado de su persona es su generosidad y cercanía. No ha dudado en compartir conmigo su gran saber —en particular todos aquellos datos y precisiones históricas que solo él conoce—. Sirva, pues, esta contribución como una muestra de agradecimiento a su persona, que hago extensivo a la Fundación Manuel Serra Domínguez por el fomento y difusión que está haciendo del derecho procesal.

2. El trabajo que a continuación se presenta forma parte de la tesis doctoral que estoy realizando, y que tiene por objeto el estudio de la prueba en la obra del profesor Manuel Serra Domínguez y su impacto en el derecho probatorio, auspiciada por la Fundación Manuel Serra Domínguez. De igual modo, se enmarca dentro del Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Retos del Derecho Procesal» (2021SGR00991) de la AGAUR; y del Proyecto I+D «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación; ambos liderados por el profesor Joan Picó i Junoy.

3. PICÓ I JUNOY, J., «La prueba ilícita: un concepto todavía por definir», *La Ley Probática*, N.1, 2020, p. 9, por ejemplo, identifica «Hasta catorce monografías publicadas en España (por académicos de la Universidad, jueces, fiscales y abogados).»

multiplicado los estudios que analizan esta figura, sin haberse podido alcanzar, no obstante, un consenso doctrinal en torno a sus elementos esenciales.

En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto exponer sucintamente los rasgos fundamentales del concepto de prueba ilícita que Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, uno de los autores clásicos de la ciencia procesal española, formuló.

Así pues, el tema de análisis escogido, —de una candente actualidad—, es examinado desde el punto de vista de uno de los clásicos del procesalismo español, lo que permite conectar este breve estudio con una de las líneas de investigación más fecundas del profesor CACHÓN, como es la de la historia del derecho procesal.

2. El escaso interés de la ilicitud probatoria en la doctrina española tradicional

El desarrollo dogmático de la ilicitud probatoria se ha producido en fechas relativamente recientes, de modo que puede afirmarse que se trata de una materia de estudio bastante joven.⁴

Así, el profesor SERRA la examinó en el momento en el que empezaba a desatar el interés de la doctrina. En efecto, ya con anterioridad a la promulgación del art. 11.1 LOPJ, reflexionó, en su estudio titulado «El derecho a la prueba en el proceso civil español»⁵, sobre el concepto de prueba ilícita y las consecuencias que la declaración de ilicitud debía acarrear, complementando posteriormente dichas reflexiones en los «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.»⁶

4. Como destaca el propio SERRA DOMÍNGUEZ en el prólogo de MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...* op.cit, p. 9, «Cuando en la primera edición de mis Comentarios a los artículos del Código Civil relativos a la prueba, redactados en 1980, nos planteábamos la problemática relativa a la prueba ilícita, no podíamos ni tan siquiera imaginar la amplia polémica jurisprudencial y doctrinal que una cuestión tan marginalmente tratada por solo escasos juristas, tendría en la siguiente década.»

5. Publicado originalmente en SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El derecho a la prueba en el proceso civil español», en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Comares, Granada, 1984, pp. 561-585; recopilado posteriormente en SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El derecho a la prueba en el proceso civil español», *Estudios de derecho probatorio*, Community, Lima, 2009, pp. 167-202 y recientemente publicados de nuevo en SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El derecho a la prueba en el proceso civil español», *Obra procesal. Tomo IV. VI. Prueba (1ª parte)*, Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, Barcelona, 2023, pp. 1767-1803.

6. Publicado originalmente en SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Capítulo V. De la prueba de las obligaciones», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albadalejo. Tomo XVI. Vol. 2.º. Artículos 1.214 a 1.253 del Código Civil. Segunda edición*, Edersa, Madrid, 1991, pp. 95-103; recopilado posteriormente SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Capítulo 3. De la prueba de las obligaciones. —A—. Concepto general de prueba», *Estudios de derecho probatorio*, Community, Lima, 2009, pp. 150-158; y recientemente publica-

De esta manera, los análisis doctrinales, así como la jurisprudencia, existentes al momento de la publicación de sus consideraciones sobre la materia, eran escasas. Y en cuanto a la regulación legal, tal y como se acaba de señalar, era todavía inexistente.

3. La amplia concepción de la prueba ilícita como resultado de la implícita distinción entre concepto y consecuencia jurídica

Cabe señalar, de entrada, que el profesor SERRA siempre utilizó la expresión «prueba ilícita», acogiendo así este concepto en detrimento de otros empleados por la doctrina como por ejemplo el de «prueba prohibida» o «prueba ilegal o irregular».

En cuanto al alcance de su concepto de prueba ilícita, destaca su concepción remarcablemente amplia, englobando en él múltiples supuestos de pruebas cuya ilicitud proviene de irregularidades de diversa naturaleza. Así es, de su primera aproximación al tema se deduce que la ilicitud puede producirse por tratarse de «pruebas expresamente prohibidas en la ley», «pruebas realizadas en forma distinta a la regulada en la ley» y «pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas.»⁷

En esta misma línea extensiva, posteriormente definió las pruebas ilícitas como aquellas «que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan a la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan», reafirmando asimismo que bajo la categoría de la ilicitud se incluyesen los antedichos tres tipos de pruebas.⁸

Ahora bien, siguiendo su razonamiento, la declaración de ilicitud de la prueba no conlleva, siempre y en todo caso, su ineficacia procesal. Ciertamente, y como se verá en el apartado correspondiente, sostuvo que dicha ineficacia debía predicarse únicamente de las causas más graves de ilicitud. Esta construcción doctrinal es posible toda vez que, aun cuando de modo implícito, distinguió entre lo que es el concepto (prueba ilícita) con la consecuencia jurídica (ineficacia procesal). En efecto, señaló la necesidad de estudiar separadamente cada una de dichas causas de ilicitud, habida cuenta de su diferente

dos de nuevo en SERRA DOMÍNGUEZ, M., «52. De la prueba de las obligaciones» *Obra procesal. Tomo IV. VI. Prueba (1ª parte)*, Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, Barcelona, 2023, pp. 1895-1904.

7. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El derecho a la prueba en el proceso civil... op.cit, pp. 1778-1780.

8. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «52. De la prueba de las obligaciones... op.cit, pp. 1895-1896.

naturaleza y tratamiento jurídico⁹, de modo que, si bien en ocasiones la declaración de ilicitud traerá aparejada su imposibilidad de admisión y valoración, no va a ser así en todos los casos.

4. Su doble fundamento constitucional

Ya en el primer momento en el que examinó la cuestión de la ilicitud probatoria, con anterioridad a la promulgación del art. 11.1 LOPJ, el profesor SERRA identificó las garantías y la igualdad de las partes, además de los derechos fundamentales sustantivos, como el fundamento de la prohibición de eficacia de aquellos supuestos más graves de ilicitudes probatorias.¹⁰

Más adelante, con el citado artículo plenamente en vigor y habiéndose ya publicado algunos estudios relevantes sobre el particular, se pronunció en un sentido sustancialmente idéntico. Así es, señaló que «las normas procesales tienen precisamente por finalidad garantizar la igualdad efectiva de las partes», apostillando que «la concepción del proceso como lucha no autoriza la eficacia de las pruebas ilícitas, ya que se trata de una lucha regulada por unas normas procesales que garantizan la igualdad de armas entre los litigantes¹¹».

Habida cuenta de ello, y especialmente de la postrera referencia a la igualdad de armas, cabría deducir que, según SERRA DOMÍNGUEZ, el fundamento constitucional de la regla de ineficacia de la prueba ilícita radica en el derecho al proceso con todas las garantías¹² o, en todo caso, que deriva del modelo de proceso jurisdiccional que instaura el art. 24 CE.¹³

9. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «52. De la prueba de las obligaciones... op.cit, p. 1896.

10. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El derecho a la prueba en el proceso civil... op.cit, p. 1782.

11. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «52. De la prueba de las obligaciones... op.cit, p. 1902.

12. Acerca de la relación entre el derecho al proceso con todas las garantías y el derecho a la igualdad de armas procesales, léase PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 159-161.

13. Fíjese que un planteamiento similar adopta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Véase, al respecto, el fundamento jurídico segundo de la última sentencia sobre la materia, la STC 97/2019, del Pleno, de 16 de julio de 2019. En él se exponen las tres ideas que, desde la STC 114/1984, constituyen los principios rectores de la doctrina constitucional sobre la materia. De entre ellos, interesa destacar el b), que reza como sigue: «b) La pretensión de exclusión de la prueba ilícita deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE). (...) Estamos, antes bien, ante «una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales», cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar pruebas obtenidas con lesión de estos; por lo tanto, si hay violación de la Constitución, se produce en el seno del proceso y en atención a los derechos y garantías procesales previstos en el art. 24.2 CE».,.

A su misma vez, subrayó también la relevancia de los derechos fundamentales sustantivos como base de dicha regla de ineeficacia, llegando a afirmar que las pruebas ilícitas «se encuentran prohibidas por los artículos 15 y 18 de la Constitución».¹⁴

Así pues, de lo anterior se extrae que, de acuerdo con el planteamiento del profesor SERRA, la prohibición de eficacia de la prueba ilícita tiene una doble base constitucional, estribando en la protección de las garantías constitucionales del proceso, así como en la de los derechos fundamentales sustantivos.

5. La ineeficacia exclusivamente limitada a las pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales

Del modo que ya se ha señalado, el profesor SERRA adoptó un concepto sumamente amplio de prueba ilícita, abarcando en él una multitud de supuestos probatorios cuya ilicitud radica en causas de distinta naturaleza.

De entre todos ellos, focalizó su análisis en «las pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas»¹⁵, por razón de que las consideró aquellas que «constituyen el capítulo más importante dentro de las pruebas ilícitas y el que mayores dificultades plantea tanto en la doctrina como en la práctica.»¹⁶ Asimismo, dentro de este grupo, formuló una subcategorización, diferenciando entre aquellas «pruebas cuya realización es en sí misma ilícita, por suponer la anulación o disminución de la voluntad del sujeto interviniente en el medio de prueba», y «aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero aportadas al proceso en forma lícita».¹⁷

14. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «52. De la prueba de las obligaciones... op.cit, p. 1902.

15. Respecto de las «pruebas expresamente prohibidas por la ley», subrayó la inexistencia en el derecho positivo español de alguna prohibición general de un medio de prueba en concreto, por lo que se limitó a señalar que, en caso de existir una prohibición tal, ésta afectaría directamente a la admisión de la prueba, que debería ser rechazada por el juez. Y en lo relativo a las «pruebas realizadas en forma distinta a la regulada por la ley», se refirió a aquellos casos en los que, fundamentalmente a través de una acta notarial, se pretende incorporar al proceso una fuente de prueba que debería haberse incorporado mediante otros medios de prueba, como por ejemplo una prueba testifical practicada en juicio, llegando a la conclusión de que dichas pruebas debían reputarse ineeficaces. Véase todo ello en SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El derecho a la prueba en el proceso civil... op.cit, pp. 1778-1780; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «52. De la prueba de las obligaciones... op.cit, pp. 1895-1899.

16. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «52. De la prueba de las obligaciones... op.cit, p. 1899.

17. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El derecho a la prueba en el proceso civil... op.cit, pp. 1780-1781; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «52. De la prueba de las obligaciones... op.cit, pp. 1899-1900.

En cuanto al primer grupo, en el que incluyó supuestos de declaraciones conseguidas con violencia o intimidación, obtenidas en estado de hipnosis o con el uso del «detector de mentiras», del «suero de la verdad» o mediante tormento, no le planteó mayores dificultades, abogando por la completa ineffectuación probatoria de dichas pruebas.¹⁸

Respecto del segundo grupo, esto es, de «las pruebas obtenidas ilícitamente, pero aportadas al proceso en forma lícita», comenzó advirtiendo que resultaban las más peligrosas y debatidas doctrinalmente. Ciertamente, encuadró bajo esta categoría situaciones más difíciles de valorar como por ejemplo las «cartas obtenidas dolosamente», «conversaciones recogidas en cintas magnéticas sin conocimiento ni consentimiento del interesado», «conversaciones telefónicas intervenidas» o «películas realizadas clandestinamente.»¹⁹

No obstante, su opinión al respecto fue diáfana, rechazando contundentemente que dichas pruebas pudieran ser admitidas y valoradas por parte del juzgador. En efecto, previamente a la publicación del art. 11.1 LOPJ, ya manifestó su posición «radicalmente contraria a la eficacia de la prueba lícita obtenida ilícitamente», y desde este mismo enfoque, más adelante aseguró que el citado artículo de la LOPJ, entonces ya en vigor, reforzaba dicha posición. Al mismo tiempo, empero, apostilló que dicha ineffectuación debía producirse exclusivamente cuando la vulneración hubiese sido de derechos fundamentales, que además debían ser interpretados restrictivamente, por razón de la existencia de un conflicto de intereses entre la protección del derecho fundamental y el interés público en la averiguación de la realidad extraprocesal. Consecuentemente, estimó que, si la ilicitud no afectaba a un derecho fundamental, la prueba tendría que producir plenos efectos en el proceso, sin perjuicio de las responsabilidades derivadas del hecho determinante de la ilicitud.

En definitiva, pues, el profesor SERRA consideró que únicamente aquellas pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales debían resultar ineffectuadas. Asimismo, cabe estimar, habida cuenta de la apuntada interpretación restrictiva de los derechos fundamentales que sostuvo, que tan sólo la violación de los arts. 15-29 CE conllevaría la prohibición de admisión y valoración de la prueba ilícita, aunque en ningún momento lo señaló expresamente.

18. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El derecho a la prueba en el proceso civil... op.cit, pp. 1780-1781; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «52. De la prueba de las obligaciones... op.cit, pp. 1899-1900.

19. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «El derecho a la prueba en el proceso civil... op.cit, p. 1781; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «52. De la prueba de las obligaciones... op.cit, p. 1900.

6. La *fictio iuris* de la no proposición de la prueba como remedio suficiente

El profesor SERRA comenzó poniendo de relieve que, en el caso de «las pruebas lícitas obtenidas ilícitamente», resulta difícil que sean inadmitidas de entrada, por lo que su contenido tendrá siempre influencia en la convicción judicial, advirtiendo al mismo tiempo, pero, la absoluta prohibición de que el juzgador funde su convicción en dichas pruebas.

Para remediar este problema, se limitó a adoptar completamente la solución propugnada en el art. 547, II del «Proyecto profesoral de Corrección y Actualización LEC», según el cual «en el caso de que cualquiera de los medios expresados se hubiera admitido y resultase que se hallan comprendidos en la prohibición del presente artículo, el Tribunal los tendrá como no propuestos, mandando devolverlos al presentante si se trata de documentos, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que se hubiese contraído».²⁰

Así pues, entendió que la *fictio iuris* de la no proposición, conjuntamente, en su caso, con la devolución del documento, constituyan un remedio efectivo para garantizar que la prueba ilícita no produzca ningún efecto.

20. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «52. De la prueba de las obligaciones... op.cit, pp. 1903-1904.

XX | El modelo constitucional de juicio justo en el proceso laboral (garantías procesales vs principios rectores)

David Vallespín Pérez¹
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES BÁSICAS. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE JUICIO JUSTO EN EL ORDEN SOCIAL. 2. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCESO LABORAL. 3. EL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS EN EL PROCESO LABORAL. 4. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO LABORAL. 5. BIBLIOGRAFÍA

1. La constitucionalización e internacionalización de las garantías procesales básicas. El modelo constitucional de juicio justo en el orden social

Como bien señaló en su día COUTURE², de la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento en el que la ley procesal, cual fiel intérprete de los principios de la Constitución instituya el régimen del proceso, en cuanto método de la Jurisdicción que garantiza el juicio justo. Se plantea así, la constitucionalización de ciertos derechos y principios procesales, tomados como derechos fundamentales de los justiciables, a la que se une el Derecho Procesal español con motivo de la Constitución de 1978³.

1. Esta contribución, como capítulo de libro colectivo, es mi más sentido Homenaje, con motivo de su jubilación administrativa, al Prof. Dr. Manuel Cachón Cadenas. Quienes hemos tenido la fortuna de formarnos cerca del Prof. Cachón, dada su condición de miembro destacado de la Escuela de Barcelona, no solo hemos aprendido mucho de sus enseñanzas académicas e investigadoras, sino que también hemos disfrutado, como así seguiremos haciendo pese a su jubilación, de su amistad, erudición y, por supuesto, de su memoria histórica acerca de los avatares de la disciplina procesal en siglos precedentes.

2. COUTURE, E. J. «Las garantías constitucionales del proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal, I*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 19 y ss.

3. CAPPELLETTI, M. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 1 y ss.

Un fenómeno de constitucionalización al que cabe añadir, en paralelo, otro consistente en su protección supranacional dentro de determinados países cuyas circunstancias políticas y jurídicas permiten un tratamiento homogéneo (así sucede, actualmente, con los Estados miembro de la Unión Europea, así como con aquellos otros obligados a respetar, en el área latinoamericana, el Pacto de San José de Costa Rica).

De hecho, gracias a la judicialización constitucional y supranacional de su tutela, los derechos procesales básicos han dejado de ser meras proclamaciones retóricas o simples principios propagandísticos, para acabar por convertirse en derechos exigibles como garantías fundamentales⁴. Unas garantías procesales básicas que, sin perjuicio de también venir referidas en otros preceptos constitucionales (sirva de ejemplo, el art. 120 relativo a la motivación judicial, o el art. 14 vinculado con el principio de igualdad), es lo cierto que se concentran en el art. 24 CE. Dicho precepto constituye, sin duda, un código procesal básico que responde a la configuración, en nuestra Ley Fundamental, de un modelo constitucional de juicio justo⁵ o proceso con todas las garantías que, con más o menos matices (más intensos por lo que se refiere al enjuiciamiento criminal), resulta de aplicación en todos y cada uno de los órdenes jurisdiccionales: civil, penal, administrativo, militar y laboral.

Un modelo que se diseña a partir de la toma en consideración del más importante de los derechos: el derecho a la tutela judicial efectiva. Tutela judicial que, en verdad, constituye el derecho a hacer valer los propios derechos y, en consecuencia, resulta instrumental para con el obligado respeto del derecho de defensa. Un derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que guarda estrecha relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, pero en el bien entendido que ambos derechos fundamentales no pueden concebirse cada uno de ellos como un mero duplicado o redundancia del otro⁶. Antes, al contrario, bien puede hablarse de dos derechos fundamentales, relacionados

4. MORELLO, A.M. *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela judicial efectiva de los derechos*, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, La Plata, 1994, pp. 88 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Cims, Barcelona, 2009, pp. 19-20.

5. Acerca de la configuración de este modelo, véanse, por todos: ALMAGRO NOSETE, J. «Garantía constitucionales del proceso civil», en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 1981, pp. 11-42; ANDOLINA, I – VIGNERA, G. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modelo costituzionale del proceso civil italiano*, Giappichelli Editore, Torino, 1997; ESPARZA LEIBAR, I. *El principio del proceso debido*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995; PICÓ i JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona, 2011; RAMOS MÉNDEZ, F. «La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil español», en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 1983, pp. 9-40; VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002; y VIGORITI, V. *Garanzie costituzionale del proceso civile (Due process of law e art. 24 Cost.)*, Giuffrè, Milano, 1970.

6. VALLESPÍN PÉREZ, D. «Los nuevos desafíos constitucionales del proceso civil», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 59, 2023, p. 3.

entre sí, pero distintos en función de su propio contenido. Como es fácil pensar, la gran dificultad estriba en realizar un cuidadoso deslinde entre ambos, pues de no ser así bien podría acontecer que el complejo contenido atribuido a uno de ellos (el derecho a la tutela judicial efectiva) pudiere conducir a la anulación, de facto, de la importancia que corresponde al otro (el derecho a un proceso con todas las garantías).

En este contexto, nuestra jurisprudencia constitucional ha sistematizado, de forma progresiva, las exigencias que comporta el derecho a la tutela judicial efectiva en todos los órdenes jurisdiccionales: derecho a obtener una sentencia o resolución motivada y congruente, que podrá ser favorable o adversa al actor e, incluso, de inadmisión o desestimación de no cumplirse los requisitos o exigencias fijadas por las normas procesales; derecho a la ejecución de la sentencia o resolución finalmente recaída en el caso concreto; derecho a una eficaz tutela cautelar; derecho a un proceso con coste económico razonable y que se desenvuelva y resuelva sin dilaciones indebidas (plazo razonable); y derecho al recurso (eso sí, cuando así se hubiere contemplado por parte del legislador ordinario).

Por su parte, el proceso justo (o debido proceso de ley en su origen y expresión anglosajona) responde a un concepto y exigencia que se ha difundido en todas las jurisprudencias de nuestro entorno cultural, tanto en los países del *ius civile*, como en los del *common law*. Expresión, también aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales (incluido el laboral por lo que ahora interesa) y con la que no se alude a una garantía concreta, sino a un amplio elenco de garantías específicas que lo integran en una dimensión conjunta⁷. Tal es el sentido, precisamente, de la cláusula abierta del art. 24.2 CE: el derecho a un proceso con todas las garantías. Garantías que tienen como primer protagonista al «juez constitucional» que, según nuestro modelo constitucional, debe ser juez ordinario, predeterminado y preconstituido por la ley, imparcial e incorporado a órganos jurisdiccionales independientes; pero que también vienen referidas a la audiencia o contradicción de partes, la igualdad de armas u oportunidades procesales, el derecho a un proceso público, el derecho de defensa y el derecho a la prueba.

Desde la óptica del proceso laboral, objeto de nuestro análisis, junto a estos derechos procesales básicos que encuentran cobijo bien bajo el manto protector del derecho a la tutela judicial efectiva o, en su caso, como parte del denominado proceso con todas las garantías; resulta también obligado traer a colar-

7. VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, ob, cit, p. 25 y ss.

ción un conjunto de principios llamados a regir, dotándolo de cierta especialidad, nuestro proceso laboral. Principios rectores de aplicación en el orden social y que, en no pocos casos, guardan estrecha relación no solo entre sí, sino también con el elenco de garantías constitucionales del proceso ya referidas al hilo de los dos apartados del art. 24 de la Constitución Española de 1978 (el principio de celeridad y la prohibición de las dilaciones indebidas constituyen, sin duda, uno de los ejemplos paradigmáticos sobre este particular)⁸.

Concretamente, de conformidad con la dicción literal del art. 74 LRJS, los titulares de la potestad jurisdiccional, así como también los Letrados de la Administración de Justicia, en su función de ordenación del procedimiento y demás competencias atribuidas por el art. 456 LOPJ, interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso social ordinario según los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad. De igual forma, en el resto de las modalidades procesales laborales dichos principios se configuran como «orientadores» de la interpretación y aplicación de las normas procesales.

Y todo ello teniendo bien presente, además, que los postulados de la Ley de Enjuiciamiento Civil resultan de aplicación supletoria a la propia legislación procesal laboral (art. 4 LEC: *«En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley»*)⁹.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso laboral

El derecho al libre acceso ante los órganos jurisdiccionales aparece consagrado, formalmente, al más alto nivel en todos o casi todos los Estados¹⁰. Sin embargo, todavía hoy, existen muchas personas para las que resulta especialmente complicado (cuando no imposible) acceder con facilidad a la justicia (en ocasiones por sus dificultades económicas y, en otros casos, por su deficiente formación o situación de especial vulnerabilidad)¹¹.

8. Vid. IV.

9. ÁLVAREZ SACRISTÁN, J. *El juicio oral en el proceso laboral*, Montecorvo, Madrid, 1993, p. 86; ARRIETA IDIAKEZ, F.J. «¿Efectividad o virtualidad de los principios del proceso laboral en España?», en *Estudios Latinos*, núm. 7, 2019, pp. 20-21; DESDENTADO BONETE, A. «De los principios del proceso y de los deberes procesales», en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Monereo Pérez, Moreno Vila y Gallego Morales (dirs.), Comares, Granada, 2001, p. 489.

10. VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, ob, cit, pp. 35 y ss.

11. VALLESPÍN PÉREZ, D. «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: especial referencia al proceso contencioso», en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 2, 2022, pp. 51-88.

Para ellos bien pudiere decirse que están abiertas las puertas de los órganos jurisdiccionales, pero que, en la práctica, una serie de dificultades insalvables hacen que realmente no puedan (o les resulte especialmente complicado) acceder a ellos. Una desigualdad material entre las partes que no parece buena idea intentar solucionarla mediante la incorporación legal de desigualdades de signo contrario (sin perjuicio de los hipotéticos condicionantes de parte débil con la que se suele asociar a los trabajadores), ciertamente peligrosas desde la perspectiva de la imparcialidad judicial; pero sí mediante la toma en consideración de una nueva instrumentalidad del proceso en la que no solo tenga cabida un buen sistema de asistencia jurídica gratuita, sino también el fomento del asociacionismo de los hipotéticos perjudicados.

Desde la óptica del acceso a *la justicia*, el art. 1 de la LRJS dispone que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquellas que versen sobre materias laborales y de la Seguridad Social, así como de las actuaciones de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias.

De otra parte, según nuestro sistema constitucional (arts. 24.1 y 120.3 CE), resulta inviable que un ciudadano pueda considerarse tutelado jurisdiccionalmente cuando se le deniegue su pretensión sin explicaciones (en el bien entendido, eso sí, que la respuesta judicial no siempre será sobre el fondo del asunto). Sin perjuicio de ser una exigencia lógica que cabe vincular con la actividad probatoria, la exigencia de *motivación* de las resoluciones judiciales en general y, en particular, de las sentencias, constituye un mandato con claro relieve constitucional por su estrecha vinculación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Una motivación judicial que debe responder a la doble dimensión de la cuestión de hecho y la cuestión de derecho. En palabras de nuestra jurisprudencia constitucional, las sentencias deben ser fácticamente motivadas y jurídicamente fundadas. Una obligación de motivación que combina un significado extra-procesal (control externo por parte de la opinión pública acerca de la legalidad y fundamento de la actividad judicial) y otro endoprocesal (la fácil comprensión de la argumentación una decisión judicial favorece, sin duda, el ejercicio del derecho al recurso)¹².

12. TARUFFO, M. *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, pp. 333 y ss.

Motivación que debe gozar de un contenido mínimo: el juicio lógico que ha conducido a la selección de unos hechos y una norma, la aplicación razonada de ésta, y la respuesta a las pretensiones relevantes de las partes en orden a la resolución judicial. Juicio que debe ser suficiente, en el sentido de dar a entender, de modo inequívoco y sin perjuicio de cuál sea su extensión, el criterio seguido por el titular de la potestad jurisdiccional para tomar una decisión en función de las particularidades del caso concreto.

Una motivación que debe ser expresa, aun cuando ello no implica que la resolución judicial deba incorporar una descripción integral de la decisión que incorpora, sino tan solo la obligación de concretar la individualización del camino lógico y jurídico que el juzgador ha hecho servir para alcanzar la convicción acerca de su decisión. Mayores dudas se plantean, sin embargo, al hilo de la motivación *per relationem* (reenvío a la justificación contenida en otra sentencia, pero que en todo caso deberá incorporar, para ajustarse al modelo constitucional, una valoración crítica de la argumentación recibida y relacionarla con las particularidades del caso concreto objeto de decisión) y la motivación implícita (es verdad, como se ha dicho, que la obligación de motivar no implica el deber judicial de examinar analíticamente todas y cada una de las argumentaciones de parte, ni tampoco tomar en consideración todos los singulares medios de prueba; pero ello no debiera conducir, desde un punto de vista constitucional, a admitir que el juzgador pueda llegar a omitir motivación expresa sobre cualquier aspecto controvertido, pues la garantía de la motivación está en estrecha relación con el correcto ejercicio del derecho de defensa).

En este contexto, resulta obligado reconocer que, hoy día, no pocas resoluciones judiciales, fundadas en el reprochable «corta y pega» de otras anteriores (un mal agudizado con la digitalización del proceso y que bien pudiere agravarse con motivo de la incorporación de la inteligencia artificial)¹³, acaban por incorporar poco más que un sucedáneo de motivación (genérica) que, en modo alguno, contiene una respuesta suficiente y ajustada a las particularidades del caso concreto¹⁴.

Concretamente, por lo que se refiere al proceso laboral (art. 97 LRJS), la sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. De igual modo, apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a

13. VALLESPÍN PÉREZ, D. «Robotización de la valoración de la prueba en el proceso civil», en *Inteligencia artificial y proceso (eficiencia vs garantías)*, Porto, Juruá, 2023, pp. 13-32.

14. VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos desafíos constitucionales del proceso civil*, ob, cit, pp. 19-22.

los razonamientos que la han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignadas en documento público aportadas al proceso con el respaldo de una presunción legal de certeza. Por último, deberá fundamentar, con suficiencia, los pronunciamientos particulares del fallo.

Unas resoluciones judiciales que, de igual forma, también deben ser congruentes (art. 218 LEC). Congruencia de la respuesta judicial que se funda en la interpretación sistemática de la prohibición de indefensión, el derecho a la tutela judicial efectiva y el obligado respeto del principio de audiencia o contradicción¹⁵. Ello es así, porque la falta de respuesta a una cuestión oportunamente planteada y cuyo conocimiento y decisión pueda ser relevante para el fallo, implica una vulneración de la efectividad predicable de la tutela judicial. Todo ello, no obstante, teniendo bien presente que la incongruencia solo alcanzará relevancia constitucional cuando suponga una modificación completa, sustancial o esencial del debate e implique, por extensión, una real situación de indefensión.

De otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los órganos jurisdiccionales, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica, y goce de la libertad de aportar todos aquellos medios de prueba que estime pertinentes para su defensa; así como tampoco viene limitado a garantizar la obtención de una sentencia de fondo (si concurren todos los presupuestos y requisitos procesales para ello), fundada en derecho, sea favorable o no a la pretensión formulada. De hecho, el derecho a la tutela judicial efectiva también incorpora el *derecho a la ejecución*, es decir, como muy gráficamente ha reconocido nuestra jurisprudencia constitucional, el derecho a que el fallo se cumpla, a ser posible, en sus propios términos. Admitir lo contrario supondría convertir las decisiones judiciales en meras declaraciones de intenciones, convirtiendo así las victorias judiciales en poco más (ante la falta de cumplimiento voluntario) que una satisfacción meramente platónica¹⁶.

15. VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, ob, cit, pp. 53 y ss.

16. Sobre la relevancia de la función jurisdiccional de la ejecución, su trascendencia constitucional, y sus aciertos y carencias, véanse, por todos: CACHÓN CADENAS, M. *La ejecución procesal civil*, Atelier, Barcelona, 2018; y «Aciertos, excesos y carencias en la tramitación de la ejecución», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Herrero Perezagua y López Sánchez (dirs.) Atelier, Barcelona, 2020, pp. 201-227; LIEBMAN, E. T. *Processo de Execução*, Sariva Libreria Académica, São Paulo, 1968, pp. 79-80; PICÓ i JUNOY, J. «Mecanismos de control de la mala fe en el proceso civil», en *La ejecución civil: problemas actuales*, Cachón Cadenas y el propio autor (coords.), Atelier, Barcelona, 2008, pp. 37-62; RUIZ DE LA FUENTE, C. «El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes», en *La ejecución civil: problemas actuales*, Cachón Cadenas y Picó i Junoy (coords.), Atelier, Barcelona, 2008, pp. 21-36; VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, ob, cit, pp. 142-143.

Como así dispone el art. 237.1 LRJS, las sentencias firmes y demás títulos, judiciales o extrajudiciales, a los que la presente Ley otorga eficacia para iniciar directamente un proceso de ejecución, se llevarán a efecto en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de sentencias y títulos constituidos con intervención judicial, con las especialidades, eso sí, contempladas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Ejecución de las sentencias firmes que se llevará a efecto por el órgano jurisdiccional que hubiere conocido del asunto en instancia, y que se iniciará, por regla general, a instancia de parte, salvo por lo que se refiera a aquellas que recaigan en los procedimientos cuya ejecución se iniciará de oficio (art. 239 LRJS).

De otra parte, como es más que notorio, la justicia no puede ser impartida de forma instantánea, sino que requiere tiempo. Ello responde al obligado respeto, a lo largo del devenir evolutivo del proceso, de todas aquellas garantías que nos permiten hablar, con propiedad, de un modelo constitucional de juicio justo. Un tiempo que, por desgracia, también puede ser utilizado por las partes en conflicto de forma maliciosa (retardando la impartición de justicia de forma torticera) y que, en consecuencia, nos sitúa ante la conveniencia de enfrentar la regulación de ciertos instrumentos (como es el caso de la *tutela cautelar*) que permitan neutralizar los riesgos inherentes, para el actor, de la dilación temporal de la respuesta judicial. Recordando el ejemplo clásico sobre esta materia, muy poco va a importar que alguien reconozca que los bueyes nos pertenecen si, cuando vamos a recuperarlos, dichos bueyes ya no existen o bien se encuentran en mal estado.

El art. 117 CE configura la función jurisdiccional como aquella que consiste en «*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*». Ahora bien, las categorías propias del proceso de declaración y de ejecución no siempre, *per se*, son suficientes para garantizar una tutela judicial efectiva. En no pocos casos, la efectividad de dicha tutela judicial precisa de un afinado y eficiente sistema de tutela cautelar¹⁷. En esta línea, cabe traer a colación aquella gráfica línea jurisprudencial marcada por nuestro Tribunal Constitucional según la cual dicha tutela cautelar goza de clara relevancia constitucional en función de su directa conexión con la efectividad de la tutela judicial, a la que está preordenada toda actuación cautelar. Por tanto, todo derecho, todo interés y toda situación jurídica que sea accionable judicialmente, debe ser objeto de la hipotética adopción de medidas cautelares.

17. Sobre la relevancia práctica de las medidas cautelares, por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La batalla por las medidas cautelares (Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004; PÉREZ DAUDÍ, V. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Atelier, Barcelona 2013; RAMOS ROMEU, F. *Las medidas cautelares. Análisis jurídico-económico*, Atelier, Barcelona, 2006; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos desafíos constitucionales del proceso civil*, ob, cit, pp. 32-34.

Por lo que se refiere al régimen de aplicación para la adopción de medidas cautelares en el proceso laboral resulta obligado señalar que las que resulten necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere acordarse en sentencia se regirán por lo dispuesto en los arts. 721 a 747 LEC, con la necesaria adaptación a las particularidades propias del enjuiciamiento social. De la dicción literal del art. 79 LRJS se deduce, por tanto, en consonancia con la ya prescrito en materia procesal civil, que nuestro legislador laboral también se sitúa en un escenario de reconocimiento, en cuanto a las medidas cautelares, de un sistema que responde a una fórmula de «*numerus apertus*».

Medidas cautelares que vienen sometidas a los presupuestos tradicionales de toda medida cautelar: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, así como a la exigencia de instrumentalidad de toda medida cautelar respecto del proceso principal al cual, en todo caso, está preordenada y sin cuya subsistencia dicha medida no puede acordarse o no puede subsistir. Mientras el proceso es el instrumento para la aplicación coercitiva de las normas jurídicas sustantivas, la medida cautelar se configura como el instrumento del instrumento, es decir, como herramienta al servicio, aun con autonomía conceptual propia, del propio proceso judicial¹⁸.

Unas medidas cautelares que, por afectarse la prohibición de indefensión, residen en el secreto de su éxito, en buena medida, en lo sorpresivo de su adopción. De ahí, precisamente, que, por regla general, el respeto del principio de audiencia o contradicción en tan particular ámbito deba articularse en la práctica (aunque nuestro legislador procesal civil de 2000 parezca haberlo olvidado), no mediante la fórmula de la audiencia previa, sino mediante la modalidad de una audiencia diferida (oposición). En esta dirección de pensamiento, el propio art. 79 LRJS dispone que, oídas las partes, podrá anticiparse en forma motivada la efectividad de las medidas cuando el que así lo pida acredite que concurren razones de urgencia o, en su caso, que la audiencia previa puede llegar a comprometer el buen fin de la medida cautelar.

En otro orden de cosas, es evidente que la propia existencia del proceso comporta siempre un coste económico. Coste que dependerá, en buena lógica, de su amplitud, duración y complejidad, pero que, desde una perspectiva constitucional (arts. 24 y 119 CE), deberá reputarse como razonable, esto es, proporcionado a la cuantía o significación de los intereses objeto de controversia¹⁹. Sería constitucional, por tanto, un proceso laboral cuyo coste económico

18. Sobre esta visión de la instrumentalidad de las medidas cautelares, véase, por todos: CALAMANDREI, P. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936.

19. VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, ob, cit, pp. 92-96.

dificulte o impida el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial. De ahí la importancia, entre otras cosas, de contar una adecuada regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita (aplicable al orden social por la vía del art. 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

En paralelo, el proceso laboral debe desenvolverse y resolver también dentro de un plazo razonable (*sin dilaciones indebidas*)²⁰. Sin duda, el tiempo es uno de aquellos peajes que es obligado satisfacer en orden a la impartición de justicia en el caso concreto. No obstante, resulta innegable que una justicia excesivamente tardía no solo es una mala justicia, sino que, por extensión, también implica un proceso con dilaciones indebidas (prohibido en el apartado 2 del art. 24 de la Constitución Española de 1978). Este derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es diferente del derecho a la tutela judicial efectiva. Lo anterior, sin embargo, no obsta a considerar que su autonomía conceptual no sea compatible, desde la óptica de unos razonables límites temporales para impartir justicia, con su íntima conexión con la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE). Todo ello, además, sin obviar también su relación paralela con la cláusula abierta del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Al hilo de este derecho procesal básico a un proceso dentro de un plazo razonable bien puede concluirse que la tutela judicial será efectiva cuando, en atención a cuál sea su duración, pueda reputarse como «oportuna» y «racional»²¹. El texto constitucional español de 1978 no ha proscrito en sí mismo el hecho de la dilación, sino su carácter indebido²². Resolver un proceso en un plazo razonable no significa, automáticamente, resolverlo en el plazo marcado por la ley. De hecho, el incumplimiento de los plazos legales reviste un carácter meramente indicativo en orden a apreciar, en el caso concreto, la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Su apreciación, por tanto, requiere algo más: que la dilación producida adquiera o revista transcendencia suficiente. Concretamente, para medir esta suficiencia el TEDH ha utilizado cuatro grandes criterios: el primero, vinculado con la complejidad de litigio; el segundo, con el análisis de cuál haya sido el comportamiento del recurrente; el tercero, con la conducta de las autoridades nacionales; y, el cuarto, con las eventuales consecuencias para el proceso.

20. GIMENO SENDRA, V. «*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, en *Revista Justicia: revista de derecho procesal*», núm. III, 1986, pp. 395-410; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, ob, cit, pp. 93-95.

21. TARZIA, G. «Sul procedimento di equa reparazione per violazione dei termine ragionabile del processo», en *Giurisprudenza italiana*, 2001, pp. 2340 y ss.

22. Sobre este derecho procesal básico, por todos: FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Civitas, Madrid, 1993.

Criterios a los que el Tribunal Constitucional español ha acabado por añadir un quinto, autóctono y no exento de polémica, referido a la duración media de los procesos del mismo tipo. Este último criterio centrado en la ponderación, en el caso concreto, de cuál sea la duración estándar de los procesos del mismo tipo, nos parece poco o nada acertado. Ello es así, porque el carácter indebido de una dilación no parece que pueda ni deba deducirse de la estadística o del mejor o peor funcionamiento de la Administración de Justicia (en particular, en un estado de colapso generalizado). Resulta incongruente predicar, de una parte, que la avalancha y acumulación de asuntos o, en su caso, las deficiencias estructurales, no justifican las dilaciones en la respuesta judicial; y, de otra, acabar por afirmar, como ha hecho nuestra jurisprudencia constitucional, que la razonabilidad o no de una demora dependa, entre otras cosas, de cuál sea la duración media de los procesos del mismo tipo.

Todo ello, en el bien entendido que la determinación de cuál sea el plazo razonable de duración de un proceso, en el ámbito de la justicia laboral, también viene marcado por la influencia que sobre ello corresponde al principio de celeridad (principio rector del orden social)²³.

3. El derecho a un proceso con todas las garantías en el proceso laboral

El proceso con todas las garantías debe tener como primer protagonista a un juez que reúna los requisitos de ser *juez ordinario, predeterminado y preconstituido por la ley, imparcial e incorporado, para el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales, a órganos judiciales independientes*²⁴. En consecuencia, el juez que intervenga y decida el proceso debe ser, en primer lugar, juez ordinario, legalmente pre establecido y preconstituido (predeterminado según normas legales de forma apriorística). Las normas sobre competencia objetiva, funcional y territorial (arts. 4 y ss. LRJS), así como las reglas de reparto de asuntos, son las que nos permitirán, también en el proceso laboral, por lo que ahora interesa, delimitar esta exigencia constitucional en cada caso concreto²⁵.

Un juez que, además, deberá poder ejercer su función sin temor ni favor, protegido de injerencias extrañas (pensemos, por ejemplo, en los actuales sesgos

23. Vid. 4.

24. PIZZORUSSO, A. «Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale», en *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1975, pp. 1 y ss; ROMBOLI, R. *Il giudice naturale*, Giuffrè, Milano, 1981; y RUIZ RUIZ, G. *El derecho al juez ordinario en la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1991.

25. VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, ob, cit, pág. 42.

y peligros derivados de la politización de la justicia o de la influencia que pueda derivar de la forma de hacer de algunos grupos de comunicación, asociaciones empresariales, sindicatos o lobbys económicos)²⁶; *así como responder a las exigencias de imparcialidad*, como manifestación de su idoneidad, en tanto que el titular de la potestad jurisdiccional no solo debe ser ajeno a las partes y conflicto a resolver, sino también aséptico (no contaminado) por sus actuaciones previas²⁷. De ahí, precisamente, que las leyes orgánicas y procesales, también la reguladora de la jurisdicción social, deban ser sumamente escrupulosas para impedir que actúe o juzgue un «*juez suspectus*»²⁸.

El juzgador debe situarse, en todo caso, por exigencia constitucional derivada del juego combinado del derecho al juez ordinario predeterminado y preconstituido por la ley, así como del derecho a un proceso con todas las garantías, por encima de las partes y en un posicionamiento equidistante respecto a cuáles puedan ser sus derechos e intereses en el caso concreto. Debe permitirse una igualdad real entre las partes en conflicto en el proceso laboral (pensemos, por ejemplo, en la previsión de la asistencia técnica gratuita al trabajador o al beneficiario del régimen público de la seguridad social, a que se alude en el art. 21 LRJS, relativo a la intervención de abogado, graduado social colegiado o procurador).

En este contexto cabe traer a colación, en cuanto garantía de la imparcialidad judicial, la toma en consideración de las denominadas causas de abstención y recusación. Por lo que se refiere al proceso laboral, el art. 15 LRJS nos dice que la abstención y recusación se regirán, en cuanto a sus causas, por la LOPJ, y en cuanto al procedimiento, por lo dispuesto en la LEC. La recusación habrá de proponerse en instancia con anterioridad a la celebración de los actos de conciliación y juicio y, en recursos, antes del día señalado para la votación y fallo o, en su caso, para la vista. Y la proposición de la recusación, en cualquier caso, no suspenderá la ejecución.

26. Sobre la correcta significación de la independencia judicial, véase: CALAMANDREI, P. «*Indipendenza e senso di responsabilità del giudice (Processo e Democrazia)*», en *Opere Giuridiche*, II, Morano Editore, Napoli, 1965; GONZÁLEZ GRANDA, P. *Independencia del juez y control de la actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; MONTERO AROCA, J. *Independencia y responsabilidad del juez*, Civitas, Madrid, 1990.

27. FAZZALARI, E. «*La imparzialità del giudice*», en *Scritti in Memoria di C. Furno*, Milano, 1973. Una imparcialidad que, en el momento presente, debe analizarse también desde la óptica del juez «*activo*» en redes sociales (ASENCIO GALLEGOS, J.M. «*El uso de las redes sociales por los Jueces y su posible incidencia en el principio de imparcialidad*», en *Dimensión ética del Derecho Procesal*, Vallespín Pérez y el propio autor (coords.), Porto, Juruá, 2022, pp. 15 y ss; y GONZÁLEZ VEGA, I. «*Libertad de expresión de los jueces*», en *Dimensión ética del Derecho Procesal*, Vallespín Pérez y Asencio Gallego (coords.), Porto, Juruá, 2022, pp. 73 y ss.

28. VALLESPÍN PÉREZ, D. «*Las causas de exclusión como complemento necesario de las de recusación y abstención a los efectos de asegurar la imparcialidad de Jueces y Magistrados. Insuficiente regulación del Proyecto de nueva LEC de 1999*», en *Publicaciones del II Congreso de Derecho Procesal de Galicia sobre La justicia civil del siglo XXI*, Pérez-Cruz Martín, A (dir.), Tórculo Editores, Santiago de Compostela, 2000, pp. 457 y ss.

De igual modo, bajo la cobertura del principio de *audiencia o contradicción* se pone de relieve la construcción dialéctica que es propia del proceso laboral y que acaba por plasmarse, en íntima conexión con el *derecho de defensa*, en la posibilidad para ambas partes de ser oídas y poder contradecir las argumentaciones de contrario²⁹. En paralelo, el proceso laboral también debe ajustarse al principio de *igualdad de armas u oportunidades procesales*³⁰. Principio éste, jurídico-natural, que trae causa de la combinación armónica del art. 14 CE y de la cláusula abierta del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)³¹ y que, en el orden social, debe compatibilizarse con un cierto sentido de compensación de las desigualdades que subyacen entre empresarios y trabajadores³².

Sin duda, todo ello se liga también con la toma en consideración del *derecho a la prueba* (contemplado en los dos párrafos del art. 24 CE: derecho a la utilización de los medios pertinentes para la defensa, prohibición de indefensión, derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a defenderse probando, en cuanto manifestación particular del derecho de defensa)³³. De hecho, de conformidad con el art. 87 LRJS, relativo a la práctica de la prueba, se admitirán aquellas que se formulen y puedan practicarse en el acto, respecto de hechos controvertidos, salvo en los supuestos en que la materia objeto del proceso estuviere fuera del poder de disposición de los litigantes, siempre que aquéllas sean útiles y directamente pertinentes a lo que sea el objeto del juicio y a las alegaciones o motivos de oposición previamente formulados por las partes en el trámite de ratificación o de contestación de la demanda.

Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los relativos a procedimientos de reproducción de la palabra, la imagen, el sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constan-

29. VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, ob, cit, p. 72.

30. CORTEZ MATCOVICH, G. «Los principios del proceso y del procedimiento en el orden laboral», en *Proceso Laboral*, con Jordi Delgado y Diego Palomo, Thomson Reuters, Santiago (Chile), 2021. p. 28.

31. Sobre su contenido y correcta comprensión, véanse, entre otros: FRANCHI, G. «Per l'eguglianza delle armi nel processo civile», en *Rivista di Diritto Civile*, 1977, pp. 1 y ss; VÁZQUEZ SOTELO, J.L. «Los principios del proceso civil», en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Albácar López (coord.), Trivium, Madrid, 1994, p. 408.

32. MONTOYA MELGAR, A – GALIANA MORENO, J.M – SEMPERE NAVARRO, A.V – RÍOS SALMERÓN, B – CAVAS MARTÍNEZ, F – LUJÁN ALCARAZ, J. *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, p. 108.

33. Para un análisis exhaustivo de su correcta significación y trascendencia: PICÓ i JUNOY, J. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M Bosch, Barcelona, 1996.

cia en autos (art. 90 LRJS). Todo ello teniendo presente, en paralelo, que una vez terminado el juicio, dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano jurisdiccional podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, como diligencias finales, con intervención de las partes y en la forma establecida para las pruebas de su clase (art. 88 LRJS).

Se aprecia con ello, sin perjuicio del seguimiento del principio general de aportación de parte en materia probatoria, una cierta flexibilización de éste mediante la toma en consideración de la institución de las diligencias finales, así como también mediante la intervención activa del juez que podrá hacer, tanto a las partes como a los peritos, las preguntas que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos³⁴.

Llegados a este punto de la exposición resulta obligado señalar, desde la perspectiva del *derecho al recurso*³⁵, que no parece satisfactoria la construcción realizada por la jurisprudencia constitucional sobre este derecho, excluyéndolo del contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva y relegándolo, salvo en el proceso penal, a una cuestión de mera legalidad ordinaria en el resto de modalidades procesales (también la laboral). El error jurisprudencial bien pudiere derivar de no haber vinculado el derecho al recurso, desde un primer momento, con el art. 24.2 CE y, más concretamente, con la cláusula abierta del derecho a un proceso con todas las garantías³⁶.

Es sabido que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de New York de 1966 garantiza en el proceso penal, además del derecho a la presunción de inocencia, el derecho al recurso, para lo cual permite al condenado solicitar la revisión de su juicio ante otro juez. Sin embargo, nada se nos dice acerca del derecho al recurso para quien fuere condenado en el resto de los órdenes jurisdiccionales (tampoco por lo que refiere al social). Por tanto, nuestro TC gozada de libertad para configurar el derecho a la impugnación de las personas gravadas por una sentencia de condena en el proceso laboral. Sin embargo, su

34. ABEL LLUCH, X. «La iniciativa probatoria de oficio del juez civil. A propósito de un caso», en *Los poderes del juez en materia probatoria*, Picó i Junoy y el propio autor (coords.), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 111 y ss; JIMÉNEZ CARDONA, N. «Conclusiones y diligencias finales en el juicio verbal», en *Práctica de Tribunales, revisita de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 162, 2023, pp. 1 y ss; PICÓ i JUNOY, J. «Los principios del nuevo proceso civil», en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, I, Alonso-Cuevillas i Sayrol (coord.), Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Economist & Jurist, Barcelona, 2000, pp. 25 y ss; VALLESPÍN PÉREZ, D. «Los nuevos desafíos constitucionales del proceso civil», *ob. cit.*, pp. 12-13; y VÁZQUEZ SOTELO, J.L. «Las iniciativas probatorias del juez en el proceso civil», en *Revista Justicia: revista de derecho procesal*, núms. 1-2, 2009. pp. 21 y ss.

35. Sobre el derecho al recurso, véanse las reflexiones generales apuntadas por SUAU MOREY, J. *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.

36. VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, *ob. cit.*, pp. 75 y 144.

jurisprudencia ha terminado por concluir que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface mediante la obtención una sentencia de fondo (si concurren, claro está, los presupuestos y requisitos procesales que la hacen viable).

De ahí, precisamente, que nuestro máximo intérprete constitucional haya estimado que el derecho al recurso en el proceso laboral no es un derecho constitucional por sí mismo considerado, sino que tan solo alcanza la dimensión de la legalidad ordinaria. Lo que sí tendría relevancia constitucional para el TC sería la privación arbitraria de aquellos recursos que el legislador ordinario haya establecido en la normativa procesal (para lo cual gozaría de libertad absoluta). Siguiendo este razonamiento que se acaba de exponer, un legislador despreocupado por la calidad de la justicia bien pudiere limitarse a organizar una justicia social de primer y único grado y, simultáneamente, no contemplar la regulación de recurso alguno.

Sin duda, resulta difícil entender la afirmación de nuestra jurisprudencia constitucional según la cual, no siendo el derecho a los recursos una exigencia constitucional sí lo sea, sin embargo, la privación del ejercicio de aquellos recursos establecidos por el legislador ordinario. Si el derecho al recurso no forma parte de las garantías del debido proceso, como así nos dice nuestro TC, salvo en el ámbito de la justicia penal, no parece fácil colegir que sí tenga relevancia constitucional la privación de algo (los recursos establecidos por la legislación ordinaria) que carece de trascendencia constitucional. Por si fuere poco, nuestro máximo centinela constitucional también deja sin explicar la contradicción que puede suponer que en un proceso penal, aunque verse sobre cuestiones de «bagatela», deba necesariamente articularse, cuando menos, un recurso de apelación y que, al contrario, tal posibilidad de control de la injusticia de una resolución judicial pueda no existir en el orden civil, el administrativo o, por lo que ahora nos concierne, en el proceso laboral (cuando lo cierto es que en todos ellos pueden llegar a discutirse asuntos de gran relevancia para quienes han acudido a la Administración de justicia para solventar sus conflictivas relaciones intersubjetivas).

En un planteamiento doctrinal, como el que caracteriza a la jurisprudencia constitucional española, no puede servir de argumento que el derecho al recurso en el enjuiciamiento criminal venga exigido por textos internacionales. Ello es así, porque dichos textos se limitan a disponer que todo condenado en un proceso penal tenga derecho a la revisión de su causa, pero no nos están diciendo que no deba disponer de idéntico derecho fundamental quien resultare condenado en el proceso civil, administrativo o social (también sometido a los errores judiciales propios de la falibilidad humana del juzgador y sometido, por tanto, al gravamen que de ello pueda derivarse respecto a sus derechos e intereses legítimos). El doble grado jurisdiccional, en nuestra opinión, debe ser

contemplado siempre, también en el orden social, como una garantía procesal básica que, lejos de vincularse con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), debiera formar parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)³⁷.

Como corolario de esta conclusión resulta conveniente señalar, en este pasaje, en primer lugar, que el art. 17.6 LRJS dispone que contra las resoluciones que les perjudiquen las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores. Y, en segundo lugar, que el Libro III de la LRJS enfrenta la regulación de los medios de impugnación en el ámbito laboral haciendo mención expresa de los recursos contra providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos (reposición, revisión y queja); el recurso de suplicación, del cual conocerán las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, interpuesto contra resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción, así como contra autos y sentencias que puedan dictar los Jueces de lo Mercantil que se encuentren en su circunscripción y que afecten al derecho laboral (arts. 190 y ss. LRJS); el recurso de casación y demás procesos atribuidos al conocimiento del Tribunal Supremo (arts. 205 y ss. LRJS); el recurso de casación para unificación de doctrina (arts. 218 y ss. LRJS; y la revisión de sentencias y laudos arbitrales firmes, y del proceso de error judicial (art. 236 LRJS).

Todo lo anterior, sin embargo, no debe ser obstáculo para reconocer que el recurso de suplicación, en puridad, viene configurado como un recurso extraordinario, casi casacional y limitado, en que el órgano jurisdiccional *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada ni revisar de oficio el derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes³⁸ (en particular, a las incorporadas por el recurrente quien, junto con las alegaciones sobre su procedencia y el cumplimiento de los requisitos exigidos, expresará en su escrito de interposición del recurso (art. 196 LRJS), con suficiente claridad y precisión, el motivo o motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia

37. GIMENO SENDRA, V. «El derecho a un proceso administrativo con todas las garantías», en *XIII Jornadas de estudio sobre los derechos fundamentales*, II, vol. 1, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, pp. 23-24; VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, ob, cit, pp. 78-81; y «Los nuevos desafíos constitucionales del proceso civil», ob, cit, pp. 17-19.

38. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. *El recurso de suplicación. Cuestiones prácticas. Jurisprudencia. Formularios y preguntas con respuesta*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 15-20.

que se consideren infringidas (en todo caso, se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos, así como también habrán de señalarse, con suficiencia, para que sea identificados, el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca, con indicación de la formulación alternativa que se pretenda).

Aun cuando no faltan quienes pretenden ver en la suplicación laboral una manifestación particular del recurso de apelación civil, lo cierto es que el recurso de suplicación no es un recurso ordinario, como sí lo es la apelación civil, sino, al contrario, un recurso extraordinario, devolutivo y suspensivo³⁹. Un recurso del que conocerán las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia cuando la suplicación se haya interpuesto contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción, así como contra los autos y sentencias que puedan llegar a dictar los Jueces de lo Mercantil que se encuentren en su circunscripción y que afecten al derecho laboral.

Recurso que solo procederá contra aquellas resoluciones que se determinen en la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y por los motivos que en ella también se establezcan. Concretamente, son recurribles en suplicación las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten, cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo cuando la ley disponga lo contrario (es menester señalar que el art. 191 LRJS junto a la concreción de aquellos supuestos en que procederá, en todo caso, la suplicación; así como de aquellos otros en que dicho recurso sea posible; es lo cierto que también nos dice que no procederá recurso de suplicación en los procesos relativos a las siguientes materias: a) impugnación de sanción por falta que no sea muy grave, así como por falta muy grave no confirmada judicialmente; b) procesos relativos a la fecha de disfrute de vacaciones; material electoral, salvo en el caso del art. 136 LRJS; procesos de clasificación profesional, salvo en el caso previsto en el art. 137 LRJS; procesos sobre movilidad geográfica distintos de los previstos en el apartado 40 del Estatuto de los Trabajadores (ET); en los de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, salvo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del art. 41 del referido estatuto; y en los de cambio de puesto o movilidad funcional, salvo cuando fuere posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación; y en las suspensiones y resoluciones de jornada previstas en el art. 47 ET que afecten a un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos en el apartado 1 del art. 51 ET; f) procedimientos relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral previstos en el art. 139, salvo

39. LOZANO GAGO, M. «Los recursos en la jurisdicción social: la apelación no existe», *Blog Derecho Social y Laboral*, 10 de septiembre de 2014, pp. 1-2.

cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que, por su cuantía, pudiera dar lugar a recurso de suplicación; y g) reclamaciones cuya cuantía no exceda de 3000 euros (tampoco procederá recurso de suplicación en los procesos de impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador).

Recurso de suplicación que, como así dispone el art. 193 LRJS, puede tener por objeto la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya podido producir indefensión; revisar los hechos declarados probados, a la vista de la pruebas documentales y periciales practicadas, y examinar las infracciones de normas sustantivas o de jurisprudencia.

En consecuencia, no existe en el proceso laboral una genuina doble instancia. No olvidemos, en esta línea argumentativa, que los Juzgados de lo Social conocen en instancia única (art. 6 LRJS) de todos los procesos atribuidos al orden social de la jurisdicción, salvo de los procesos atribuidos en instancia única a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, a la Sala Social de la Audiencia Nacional y a la Sala Social del Tribunal Supremo (arts. 7, 8 y 9 LRJS). En mi opinión, siendo coherente con lo hasta ahora expuesto, el actual recurso de suplicación (y el resto de los recursos previstos por nuestro legislador procesal laboral ordinario), en modo alguno puede concluirse que nos sitúen ante un escenario ajustado, cien por cien, al modelo constitucional de juicio justo, en tanto que no son respetuosos con la exigencia de un auténtico doble grado jurisdiccional (también predictable y deseable en el orden social)⁴⁰.

La celeridad (brevedad y simplicidad del proceso laboral) y la aplicación del principio de oralidad en la instancia, en cuanto argumentos favorables a la no incorporación en el proceso laboral del recurso de apelación⁴¹ (al modo y manera de lo constatable en el enjuiciamiento civil); no parece que sean suficientes como para desvirtuar la importancia, en cuanto parte del modelo constitucional de proceso con todas las garantías (también en el orden social), que debe corresponder al derecho al recurso (entendido, aun en contraposición a nuestra jurisprudencia constitucional, como apelación (tenga el nombre que tenga) y doble instancia. Ello es así, porque lo acelerado no debe ser sinónimo de atropellado (y quien sabe sí también injusto). De igual forma, la introducción de nuevas tecnologías en el proceso hace que la oralidad y la inmediación

40. CORTEZ MARCOVICH, G. «Los medios de impugnación en el proceso laboral», en *Recursos laborales*, con Jordi Delgado y Diego Palomo, Thomson Reuters, Santiago (Chile), 2021, pp. 9 y 13.

41. MONTERO AROCA, J. *Introducción al proceso laboral*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 233-234.

deban sujetarse a una nueva y más flexible interpretación, también en lo relativo a la valoración de la prueba practicada en la instancia.

Señalar, por último, para concluir este apartado, que la *publicidad del proceso* (también el laboral) no solo constituye la plasmación de un principio técnico llamado a regir la celebración de las actuaciones judiciales, sino también un principio político del propio proceso⁴². Principio de publicidad que en cuanto garantía procesal viene recogido, expresamente, en el art. 24.2 CE (derecho a un proceso público), así como se relaciona, de modo directo, con la exigencia de que las sentencias sean públicas (art. 120.1 CE). Principio que, por extensión, trae causa del principio de audiencia o contradicción, así como de la conveniencia de aproximar la justicia a la ciudadanía y que se ve favorecido, como es fácil pensar, por la oralidad que debe predominar en todo procedimiento (también el laboral)⁴³.

4. Los principios rectores del proceso laboral

Todo principio representa un criterio fundamental o idea base que configura, informa o inspira una institución o materia. Por tanto, el principio del derecho es aquel criterio fundamental que informa el Derecho. Y el principio procesal aquel criterio o idea base que preside e informa el proceso. Dicho lo anterior, conviene anticipar que los principios no siempre se «realizan» de modo absoluto, pues las normas jurídicas no suelen ser el reflejo solo de un principio, sino, al contrario, de un compromiso de éste con la propia realidad social en que debe aplicarse⁴⁴.

Dentro de la categoría de los principios procesales es factible distinguir entre principios jurídico-naturales, principios inspiradores y principios de naturaleza normativa (tomados como garantías procesales). Como bien ha señalado Vázquez Sotelo⁴⁵, los principios jurídico-naturales afectan a la propia esencia y estructura del proceso; los principios técnicos incorporan reglas referidas a la tutela judicial efectiva, la aportación del material fáctico y la valoración probatoria, así como también a las formas propias del proceso en funcionamiento (el procedimiento); y los principios procesales, constitucionalizados, son tomados

42. CAPPELLETTI, M. «Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo», en *Giustizia e Società*, Milano, 1972, pp. 151 y ss.

43. VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, ob, cit, pp. 73-74.

44. BERZOSA FRANCOS, M. V. «Principios del proceso», en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. III, 1992, p. 558; VÁZQUEZ SOTELO, J.L. «Los principios del proceso civil», ob, cit, p. 400.

45. VÁZQUEZ SOTELO, J.L. «Los principios del proceso civil», ob, cit, p. 401.

como garantías procesales básicas. De igual modo, también conviene diferenciar entre principios del proceso, concebidos como aquellos que se refieren al proceso en sí mismo considerado, como estructura de la función de juzgar en el ámbito del Estado social y democrático de Derecho; y principios del procedimiento, para referir a aquellos que tienen que ver con el desarrollo técnico del proceso y su funcionamiento y que, por tanto, se identifican con el conjunto de formas que regulan la propia andadura del proceso en funcionamiento⁴⁶.

En el proceso laboral, que en cierto modo puede concebirse como un proceso civil especial, son de aplicación, en buena medida, los principios del enjuiciamiento civil (si bien con algunas especialidades). En el terreno de los principios del proceso jurídico-naturales, tienen cabida los de *imparcialidad, audiencia o contradicción, igualdad de armas u oportunidades procesales, y buena fe*⁴⁷. Los tres primeros, como ya se ha anticipado, gozan de la condición de garantías procesales básicas de relevancia constitucional (art. 24 CE). Por el contrario, no sucede así con el principio de buena fe.

Sin embargo, dicho principio (el de *buena fe*) también rige el proceso laboral español. Ello es así, en función de lo dispuesto en el art. 75 LRJS, relativo a los deberes procesales de las partes⁴⁸. Concretamente, su apartado 4 nos dice, de una parte, que todos deberán ajustarse en sus actuaciones en el proceso laboral a las reglas de la buena fe; y de otra, que de vulnerar éstas, así como en caso de formulación de pretensiones temerarias, sin perjuicio de la hipotética indemnización que pudiere reclamarse, el juez o tribunal podrá imponer mediante auto, en pieza separada, de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervenientes o terceros, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la cuantía de la tercera parte del litigio.

Desde la perspectiva de los principios técnico-jurídicos, nuestro proceso social también se rige por los principios dispositivo, de aportación de parte y de impulso de oficio. El primero de ellos, esto es, el *dispositivo*, que de alguna manera se liga con el derecho de acceso a la justicia, supone que el proceso se inicia a instancia de parte⁴⁹, salvo alguna salvedad como así acontece con el

46. GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 181 y ss.

47. RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «Sobre los principios informadores del proceso de trabajo», en *Revista de Política Social*, núm. 81, 1969, pp. 24-25.

48. FOLGUERA CRESPO, A. «Art. 75. Deberes procesales de las partes», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Folguera Castro, Salinas Molino y Segoviano Astaburuaga, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 352.

49. RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «Sobre los principios informadores del proceso de trabajo», *ob. cit.*, p. 29.

llamado procedimiento de oficio (arts. 148 LRJS, modificado por Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo: «*El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia: a) De las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la Inspección del Trabajo y la Seguridad Social en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados; b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciare fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de jornada o extinción a que se refieren el art. 47 y el apartado 6 del art. 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad judicial cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiere informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo; c) De las actas de infracción o comunicaciones que la Inspección de Trabajo y la Seguridad social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente. Igualmente se iniciará el procedimiento como consecuencia de las correspondientes comunicaciones y a los mismos efectos en los supuestos de discriminación por razón del origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual u otros legalmente previstos»); que las partes pueden disponer del procedimiento, bien desistiendo, bien transigiendo; y que la sentencia deberá ser, como así también se contempla bajo el manto protector del derecho a la tutela judicial efectiva, congruente (art. 218.1 LEC: «1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito»).*

El segundo, es decir, el principio de *aportación de parte*, especialmente relacionado con los derechos procesales básicos de defensa y prueba, implica que corresponde a las partes fijar los hechos controvertidos (art. 85 LRJS: «*Asimismo en este acto —celebración del juicio— las partes podrán alegar cuanto estimen conveniente a efectos de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 del art. 191, ofreciendo, para el momento procesal oportuno, los elementos de juicio necesarios para fundamentar sus alegaciones. No será necesario aportar prueba sobre esta concreta cuestión cuando el hecho de que el proceso afecta a muchos trabajadores o beneficiarios sea notorio por su propia naturaleza*»), así como, sin perjuicio del significado propio de las diligencias finales (art. 88 LRJS), proponer y practicar los medios de pruebas de que intenten valerse en juicio (art. 87 LRJS). Finalmente, en atención al principio de *impulso de oficio*, corresponde al órgano jurisdiccional ir dictando, de oficio, las resoluciones que

fueren necesarias para que el proceso laboral avance y vaya pasando, sucesivamente, de una etapa a otra.

De otro lado, en atención a los llamados principios del procedimiento, esto es, los que caracterizan la forma de los actos procesales que integran el proceso laboral, cabe traer a colación los principios de *oralidad, inmediación, concentración, celeridad y gratuitad*. Cuatro de estos principios: inmediación, oralidad, concentración y celeridad, tienen cobijo, en cuanto principios rectores del proceso laboral, en el art. 74 LRJS; así como dos de ellos (los de oralidad y celeridad) gozan de relevancia constitucional directa (derecho a un proceso público y a un proceso sin dilaciones indebidas). El quinto, por su parte, referido a la *gratuidad*, aun cuando no se alude expresamente en el art. 74 LRJS, lo cierto es que nadie pone en duda que también representa una característica propia de nuestro enjuiciamiento laboral⁵⁰. Ello responde no solo a su íntima conexión con el derecho de acceso a la justicia con independencia de los medios económicos que puedan corresponder a las partes en conflicto (arts. 24 y 119 CE), sino también a que los trabajadores y beneficiarios del sistema de la Seguridad Social tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en el art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

A continuación, centraremos nuestra exposición en aquellos principios que sí se han plasmado, expresamente, en el art. 74 LRJS, como principios rectores de las actuaciones propias de la jurisdicción (inmediación, oralidad, concentración y celeridad) y que, como es fácil intuir, se encuentran claramente relacionados entre sí⁵¹. Principios llamados a regir la interpretación y aplicación de las normas procesales en materia laboral no solo por lo que se refiere al proceso ordinario, sino también al resto de modalidades procesales y que, en último término, hacen que el proceso laboral sea diferente de nuestro enjuiciamiento civil.

Ello es así, porque si bien el segundo apartado del art. 74 LRJS pudiere dar a entender que estos principios, fuera del proceso ordinario, no pasarían de ser meramente orientativos o «consejos»; lo cierto es que el art. 102 LRJS dispone que en todo aquello que no esté expresamente previsto en el título relativo a las modalidades procesales (se incluyen los despidos y sanciones, la reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido, la extinción del contrato por causas objetivas, por despido colectivo y otras cau-

50. MONEREO PÉREZ, J.L (Dir.). *Manual e De4recho Procesal Laboral. Teoría y práctica*, con Moreno Vila, Pérez Escánez, Olarte Encabo, Fernández Avilés, Vila Tierno, Fernández Ramírez, Moya Amador y Serrano Falcón, Tecnos, Madrid, 2020, p. 110.

51. FOLGUERA CRESPO, A. «Art. 74. Principios del proceso», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, dirigidos por Folguera Crespo, Salinas Molina y Segoviano Astaburuaga, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 341-343; MAS GARCÍA, E.M. «Art. 74. Principios del proceso», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Barrios Baudor (coords.), Thomson Reuters – Aranzadi, Madrid, 2020, pp. 427-433.

sas de extinción, vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente, las prestaciones de la Seguridad Social, el procedimiento de oficio y el de impugnación de los actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales, proceso de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnaciones relativas a los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales o a su modificación, y la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas), regirán también las disposiciones propias del juicio ordinario (entras las cuales, como es lógico, se encuentra la recogida en el primer párrafo del art. 74 LRJS).

Principios que, dando respuesta a las especialidades propias del Derecho del Trabajo (en particular, la especial protección contemplada para los trabajadores), ofrecen a éste unas particularidades que superan las previstas al hilo de la regulación del proceso civil (supletorio para el orden social) y que persiguen que la justicia social se diseñe de forma ágil, flexible y adaptable⁵². A continuación, expondremos los principios rectores recogidos en el art. 74 LRJS, en el bien entendido que no debieran verse configurados como criterios virtuales de actuación, sino como ideas base realmente efectivas que tienen que ver con la interpretación y aplicación de las normas procesales, la integración de lagunas normativas o, en su caso, el acondicionamiento de la supletoriedad de la LEC respecto a la LRJS. De ahí, la importancia que cabe atribuir, precisamente, a la delimitación de su alcance por vía jurisprudencial⁵³.

El primero de estos principios, el de *inmediación*, derivado del de oralidad⁵⁴, supone que entre el órgano jurisdiccional y las partes no debe haber «intermediarios»⁵⁵, siendo así que el órgano jurisdiccional que interviene no puede ser distinto de aquél encargado de decidir. Se trata de un principio ya cubierto y amparado, con carácter general, por el manto protector de los arts. 229.2 LOPJ y 137 LEC, pero que goza de diferentes manifestaciones específicas en el ámbito laboral. Sin duda, una de las más paradigmáticas tiene que ver

52. ARASTEY SAHÚN, M.L. «El proceso laboral y sus principios», en *Práctica Procesal Laboral*, Martínez Garrido (dir.), Bosch, Barcelona, 2007, p. 161; ARRIETA IDIAKEZ, F.J. «¿Efectividad o virtualidad de los principios del proceso laboral en España?», *ob, cit*, p. 22; DESDENTADO BONETE, A. «Título sexto. De los principios del proceso y de los deberes procesales», en *El nuevo proceso laboral. Estudios técnico-jurídicos de la Ley de Procedimiento Laboral*, Monereo Pérez (dir.), Comares, Granada, 2011, p. 328.

53. VALLE MUÑOZ, F.A. «Los principios rectores del proceso laboral. Manifestaciones en la LPL y tratamiento jurisprudencial», en *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, pp. 499-520.

54. SIRVENT HERNÁNDEZ, N. «Los principios inspiradores del proceso laboral. Los actos procesales», en *Proceso Laboral*, vol. 1, Blasco Pellicer (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 141.

55. CORTEZ MATCOVICH, G. «Los principios del proceso y del procedimiento en el orden laboral», *ob.cit*, p. 31,

con el art. 98 LRJS, que bajo la rúbrica de la inmediación judicial nos dice, de una parte, que cuando el juez que presidió el acto del juicio no pudiere dictar sentencia, deberá celebrarse esta nuevamente⁵⁶; y, de otra, que de tratarse de un órgano jurisdiccional colegiado habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 255 y ss. LOPJ. En igual línea cabe situar, por ejemplo, la previsión incorporada en el art. 237.2 LRJS, relativo a la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos, en función de la cual la ejecución se llevará a efecto por el órgano jurisdiccional que hubiere conocido del asunto en instancia, incluido el supuesto de resoluciones que aprueben u homologuen transacciones judiciales, acuerdos de mediación y acuerdos logrados en el proceso.

El segundo de los principios rectores vinculados con el enjuiciamiento social tiene que ver con la *oralidad*. Este principio, en estrecha conexión con los de inmediación, concentración y celeridad⁵⁷, goza de relevancia constitucional. Ello es así, porque de conformidad con los arts. 24 y 120.2 CE, el procedimiento (también el laboral) será predominantemente oral, lo que no excluye concesiones a la escritura para con aquellos actos procesales en los que el legislador estime que resulta aconsejable una cierta reflexión. Al igual que sucede con el principio de inmediación, son constantes los guiños que incorpora nuestra LRJS respecto a la oralidad. En esta dirección, por ejemplo, pensemos en lo dispuesto en los arts. 50 (sentencias orales), 85 (contestación en el acto de celebración del juicio), 87 (práctica de la prueba en el acto del juicio), 91 (interrogatorio de las partes) y 92 LRJS (interrogatorio de testigos).

Con todo, no se trata de un principio absoluto, sino también sometido a algunas excepciones que tienen que ver con la demanda (art. 80.1 LRJS: «*La demanda se formulará por escrito, pudiendo utilizar los formularios y procedimientos facilitados a tal efecto en la oficina judicial en que se deba presentarse ...*»), los recursos (vg, art. 196.1 LRJS: «*El escrito interponiendo el recurso de suplicación se presentará ante el juzgado que dictó la resolución impugnada, con tantas copias cuantas sean las partes recurridas*») o el procedimiento de ejecución (art. 239.2 LRJS: «*La ejecución podrá solicitarse tan pronto la sentencia o resolución judicial ejecutable haya ganado firmeza o desde que el título haya quedado constituido o, en su caso, desde que la obligación declarada en el título ejecutivo fuese exigible, mediante escrito del interesado, en el que, además, de los datos identificativos de las partes, se expresará ...*»).

56. ARRIETA IDIAKEZ, F. J. «¿Efectividad o virtualidad de los principios del proceso laboral en España?», *ob, cit*, p. 26; RAMO HERNANDO, M.J. «Art. 98. Principio de inmediación», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social con jurisprudencia*, Barrios Baudor (coord.), Thomson Reuters – Aranzadi, Madrid, 2020, pp. 695 y ss; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *Sobre los principios inspiradores del proceso de trabajo*, *ob, cit*, pp. 59-60.

57. DELGADO CASTRO, J. «Principios del nuevo proceso laboral chileno», en *Revista de Derecho*, núm. 9, 2008, p. 66.

El tercero de estos principios, el de *concentración*, que se proyecta en dos ámbitos (respecto de la actividad procedural la concentración aspira a que la mayor parte de los actos del procedimiento se realicen en una sola audiencia (arts. 85 a 87 LRJS)⁵⁸ y, por lo que se refiere al contenido del proceso, implica que todas las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales sean objeto de discusión en el juicio y resolución en la correspondiente sentencia (arts. 4 y 86 LRJS), supone contemplar que el juicio se hará en unidad de acto, sucediéndose en el tiempo las etapas de alegación, prueba y conclusiones e, incluso, si es factible, la relativa a su resolución *in voce* (art. 50.1 LRJS: «*El juez, en el momento de terminar el juicio, y salvo cuando por razón de la materia o de la cuantía proceda recurso de suplicación, podrá pronunciar sentencia de viva voz, con el contenido y los requisitos establecidos en el apartado 2 del art. 97. En este supuesto, las partes podrán solicitar que se les entregue documento que contenga la transcripción por escrito de la sentencia*»).

Este principio que pretende, por tanto, simplificar al máximo las actuaciones procesales, también se ve reflejado en la configuración de las cuestiones prejudiciales (dejando a salvo lo previsto para las penales) como no devolutivas⁵⁹ (art. 4 LRJS: «1. *La competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, salvo lo previsto en el apartado 3 de este artículo y en la ley 22/2003, Concursal. 2. Las cuestiones previas y prejudiciales serán decididas en la resolución judicial que ponga fin al proceso. La decisión que se pronuncie no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte. 3. Hasta que las resuelva el órgano judicial competente, las cuestiones prejudiciales penales suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión solo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea del todo punto indispensable para dictarla. 4. La suspensión de la ejecución por existencia de una cuestión prejudicial penal solo procederá si la falsedad documental en que se base se hubiere producido después de constituido el título ejecutivo y se limitará a las actuaciones ejecutivas condicionadas directamente por la resolución de aquélla*»), así como también en algunas previsiones particulares que nuestro legislador procesal laboral ha incorporado al hilo de la materia electoral (132.1 LRJS: «*El procedimiento se tramitará con urgencia y tendrá las siguientes especialidades*») o la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 181 LRJS: «1. *Admitida a trámite la demanda, el Letrado de la Administración de*

58. CORTEZ MATCOVICH, G. «Los principios del proceso y del procedimiento en el orden laboral», *ob, cit*, p. 33; DELGADO CASTRO, J. *Principios del nuevo proceso laboral chileno*, *ob, cit*, p. 70; MONTERO AROCA, J. *Introducción al proceso laboral*, *ob, cit*, p. 75.

59. ARRIETA IDIAKEZ, F. J. «¿Efectividad o virtualidad de los principios del proceso laboral en España?», *ob, cit*, p. 33.

Justicia citará a las partes para los actos de conciliación y juicio conforme a los criterios establecidos en el apartado 1 del art. 82, que habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. En todo caso, habrá de mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de aquellos actos ... 3. El juez o la Sala dictará sentencia en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio publicándose y notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes»).

No obstante, al igual que hemos señalado en orden al principio de oralidad, tampoco estamos en presencia de un principio absoluto, sino sometido a algunas excepciones (sirvan de ejemplo, entre otras, las relativas a las diligencias finales (art. 88 LRJS), la práctica anticipada de prueba (art. 78 LRJS), o la suspensión del juicio para la práctica de prueba (art. 87 LRJS)⁶⁰.

Finalmente, el último de los principios rectores del proceso laboral mencionados en el art. 74 LRJS, el de *celeridad*, funda su razón de ser, a nivel constitucional, en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) que, de modo directo, enlaza con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Principio que tiene que ver con el anhelo de conseguir una justicia rápida (en un plazo razonable) y menos costosa, pero que, en todo caso, debe compatibilizarse con un no siempre fácil equilibrio entre la agilidad de la justicia y el respeto de las garantías procesales básicas. Ejemplo paradigmático de este principio lo es el art. 43 LRJS, relativo al tiempo de las actuaciones; y, más concretamente, el art. 75.1 LRJS, según el cual los órganos jurisdiccionales deberán rechazar, de oficio y en resolución fundada, todas aquellas peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que pudieren entrañar un abuso de derecho.

Otras manifestaciones de este principio tienen que ver, entre otros temas, con el tratamiento procesal de las cuestiones prejudiciales (art. 4 y 86 LRJS), la posibilidad de dictar sentencias orales (art. 50 LRJS), la previsión de la obligación para los demandantes de designar un representante común cuando planteen su demanda de forma conjunta (art. 19.2 y 3 LRJS: »*En los procesos en que se demande de forma conjunta más de diez actores, éstos deberán designar un representante común, con el que se entenderán las sucesivas diligencias del litigio ... Cuando se acuerde la acumulación de procesos correspondientes a varias demandas presentadas contra el mismo demandado, afectando de este modo el proceso a más de diez actores, así como cuando la demanda o demandas de dirijan contra más de diez demandados, siempre que no haya contrapo-*

60. ARRIETA IDIAKEZ, F.J. «¿Efectividad o virtualidad de los principios del proceso laboral en España?, ob, cit, p. 34.

sición de intereses entre ellos, el Letrado de la Administración de Justicia les requerirá para que designen un representante común»), la acumulación de acciones o procesos (arts. 25 y ss. LRJS), la tramitación preferente y acelerada de no pocas modalidades procesales (vg, art 126, relativo a la fijación de vacaciones: «*El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse por el Letrado de la Administración de Justicia dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia, que no tendrá recurso, deberá ser dictada en el plazo de tres días*») y 132.1 LRJS, referido a la materia electoral: «*Este proceso se tramitará con urgencia y tendrá las siguientes especialidades:*»), o la ejecución inmediata de la sentencia en ciertos supuestos (arts. 289 y ss. LRJS).

Celeridad que, en cualquier caso, es perfectamente compatible con la posibilidad de subsanación de los defectos procesales que pudieren llegar a impedir la consecución de una sentencia de fondo sobre el objeto de controversia. Ello es así, porque si bien la mecánica procesal tiene unas reglas (formas) que persiguen alcanzar la seguridad mediante la legalidad, lo cierto es que no parece razonable, desde la perspectiva de una correcta comprensión del derecho a la tutela judicial efectiva, que lleguen a imponerse sanciones desproporcionadas ante aquellas irregularidades formales que puedan reputarse como subsanables. Los requisitos formales, por tanto, no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que solo resultan útiles en cuanto instrumentos orientados a salvaguardar las garantías básicas de las partes en conflicto.

5. Bibliografía

- ABEL LLUCH, X. «La iniciativa probatoria de oficio del juez civil», en *Los poderes del juez en materia probatoria*, Picó i Junoy y el propio autor (coords.), Bosch, Barcelona, 2005.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, J. *El juicio oral en el proceso laboral*, Montecorvo, Madrid, 1993.
- ALMAGRO NOSETE, J. «Garantías constitucionales del proceso civil», en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 1981.
- ANDOLINA, I – VIGNERA, G. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del proceso civile italiano*, Giappichelli Editore, Torino, 1997.
- ARASTEY SAHÚN, M.L. «El proceso laboral y sus principios», en *Práctica Procesal Laboral*, Martínez Garrido (dir.), Bosch, Barcelona, 2007.
- ARRIETA IDIÁKEZ, F.J. «Efectividad o virtualidad de los principios del proceso laboral en España», en *Estudios Latinos*, núm. 7, 2019.
- ASENCIO GALLEGOS, J.M. «El uso de las redes sociales por los Jueces y su posible incidencia en el principio de imparcialidad», en *Dimensión ética del Dere-*

- cho Procesal, Vallespín Pérez y el propio autor (coords.), Juruá, Porto, 2022.
- BERZOSA FRANCOS, M.ª.V. «Principios del proceso», en *Revista justicia: revista de derecho procesal*, III, 1992.
- CACHÓN CADENAS, M. *La ejecución procesal civil*, Atelier, Barcelona, 2018.
- CACHÓN CADENAS, M. «Aciertos, excesos y carencias en la tramitación de la ejecución», en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Herrero Perezagua y López Sánchez (dirs.), Atelier, Barcelona, 2020.
- CALAMANDREI, P. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936.
- CALAMANDREI, P. «Indipendenza e senso di responsabilità del giudice (Processo e Democrazia), en *Opere Giuridiche*, II, Morano Editore, Napoli, 1965.
- CAPPELLETTI, M. *La giurisdizione delle libertà*, Giuffrè, Milano, 1955.
- CAPPELLETTI, M. «Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo», en *Giustizia e società*, Milano, 1972.
- CORTEZ MATCOVICH, G. «Los principios del proceso y del procedimiento en el orden laboral», en *Proceso Laboral*, con Jordi Delgado y Diego Palomo, Thomson Reuters, Santiago (Chile), 2021.
- CORTEZ MATCOVICH, G. «Los medios de impugnación en el proceso laboral», en *Recursos laborales*, con Jordi Delgado y Diego Palomo, Thomson Reuters, Santiago (Chile), 2021.
- COUTURE, E. J. «Las garantías constitucionales del proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, I, Depalma, Buenos Aires, 1989.
- DELGADO CASTRO, J. «Principios del nuevo proceso laboral chileno», en *Revista de Derecho*, núm. 9, 2008.
- DESDENTADO BONETE, A. «De los principios del proceso y los deberes procesales», en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Monereo Pérez, Moreno Vila y Gallego Morales (dirs.), Comares, Granada, 2001.
- DESDENTADO BONETE, A. «Título sexto. De los principios del proceso y los deberes procesales», en *Estudios técnico-jurídicos de la Ley de Procedimiento Laboral*, Monereo Pérez (dir.), Comares, Granada, 2011.
- ESPARZA LEIBAR, I. *El principio del proceso debido*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- FAZZALARI, E. «La imparzialità del giudice», en *Scritti in onore di C. Furno*, Milán, 1973.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Civitas, Madrid, 1993.
- FOLGUERA CRESPO, A. «Art. 74. Los principios del proceso», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Salinas Molino, Segoviano Astaburuaga y el propio autor (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2011.
- FOLGUERA CRESPO, A. «Art. 75. Deberes procesales de las partes», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Salinas Molino, Segoviano Astaburuaga y el propio autor (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2011.
- FRANCHI, G. «Per l'egualanza delle armi nel processo civile», en *Rivista di Diritto Civile*, 1977.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La batalla por las medidas cautelares (Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981.
- GIMENO SENDRA, V. «El derecho a un proceso con todas las garantías», en *XIII Jornadas de estudio sobre los derechos fundamentales*, II, vol. 1, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- GIMENO SENDRA, V. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», en *Revisita justicia: revista de derecho procesal*, núm. III, 1986.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. *El recurso de suplicación. Cuestiones prácticas. Jurisprudencia. Formularios y preguntas con respuesta*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GONZÁLEZ GRANDA, P. *Independencia del juez y control de la actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GONZÁLEZ VEGA, I. «Libertad de expresión de los jueces», en *Dimensión ética del Derecho Procesal*, Vallespín Pérez y Asencio Gallego (coords.), Juruá, Porto, 2022.
- JIMÉNEZ CARDONA, N. «Conclusiones y diligencias finales en el juicio verbal», en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 162, 2023.
- LIEBMAN, E.T. *Processo de Execução*, Saraiva Librería Académica, São Paulo, 1968.
- LOZANO GAGO, M. «Los recursos en la jurisdicción social: la apelación no existe», en *Blog Derecho Social y Laboral*, 10 de septiembre de 2014.
- MAS GARCÍA, E.M. «Art. 74. Principios del proceso», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Barrios Baudor (coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L (Dir.). *Manual de Derecho Procesal Laboral. Teoría y Práctica*, con Moreno Vila, Pérez Escánez, Olarte Encabo, Fernández Avilés, Vila Tierno, Fernández Ramírez, Moya Amador y Serrano Falcón, Tecnos, Madrid, 2020.
- MONTERO AROCA, J. *Independencia y responsabilidad del juez*, Civitas, Madrid, 1990.
- MONTERO AROCA, J. *Introducción al proceso laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- MONTOYA MELGAR, A – GALIANA MORENO, J.M – SEMPERE NAVARRO, A.V – RÍOS SALMERÓN, B – CAVAS MARTÍNEZ, F – LUJÁN ALCARAZ, J. *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, Madrid, 2019.
- MORELLO, A.M. *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela judicial efectiva de los derechos*, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, La Plata, 1994.
- PÉREZ DAUDÍ, V. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2013.
- PICÓ I JUNOY, J. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996.

- PICÓ I JUNOY, J. «Los principios del nuevo proceso civil», en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, I, Alonso-Cuevillas i Sayrol (coord.), Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Economist & Jurist, 2000.
- PICÓ I JUNOY, J. «Mecanismos de control de la mala fe en el proceso civil», en *La ejecución civil: problemas actuales*, Cachón Cadenas y el propio autor (coords.), Atelier, Barcelona, 2008.
- PICÓ I JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch, Barcelona, 2011.
- PIZZORUSSO, A. «Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale», en *Rivista Trimettrale di Diritto Processuale Civile*, 1975.
- RAMO HERNÁNDEZ, M.J. «Art. 98. Principio de inmediación», en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Barrios Baudor (coord.), Thomson Reuters – Aranzadi, Madrid, 2020.
- RAMOS MÉNDEZ, F. «La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal civil», en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1, 1983.
- RAMOS ROMEU, F. *Las medidas cautelares. Análisis jurídico-económico*, Atelier, Barcelona, 2006.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «Sobre los principios informadores del proceso de trabajo», en *Revista de Política Social*, núm. 81, 1969.
- ROMBOLI, R. *Il giudice naturale*, Giuffrè, Milano, 1981.
- RUIZ DE LA FUENTE, C. «El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes», en *La ejecución civil: problemas actuales*, Cachón Cadenas y Picó i Junoy (coords.), Atelier, Barcelona, 2008.
- RUIZ RUIZ, G. *El derecho al juez ordinario en la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1981.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N. «Los principios informadores del proceso laboral. Los actos procesales», en *Proceso Laboral*, vol. 1, Blasco Pellicer (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- SUAU MOREY, J. *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- TARUFFO, M. *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975.
- TARZIA, G. Sul procedimento di equa reparazione per violazione dei termine ragionabile del processo, en *Giurisprudenza italiana*, 2001.
- VALLE MUÑOZ, F.A. «Los principios rectores del proceso laboral. Manifestaciones en la LPL y tratamiento jurisprudencial», en *Aranzadi Social*, núm. 5, 1999.
- VALLESPÍN PÉREZ, D. «Las causas de exclusión como complemento necesario de las de recusación y abstención a los efectos de asegurar la imparcialidad de Jueces y Magistrados. Insuficiente regulación del proyecto de nueva LEC de 1999», en *Publicaciones del II Congreso de Derecho Procesal de Galicia sobre La Justicia Civil del siglo XXI*, Pérez-Cruz Martín (dir.), Tórculo Editores, Santiago de Compostela, 2000.

- VALLESPÍN PÉREZ, D. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002.
- VALLESPÍN PÉREZ, D. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Cims, Barcelona, 2009.
- VALLESPÍN PÉREZ, D. «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad: especial referencia al proceso contencioso», en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 2, 2022.
- VALLESPÍN PÉREZ, D. «Los nuevos desafíos constitucionales del proceso civil», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 59, 2023.
- VALLESPÍN PÉREZ, D. «Robotización de la valoración de la prueba en el proceso civil», en *Inteligencia artificial y proceso (eficiencia vs garantías)*, Juruá, Porto, 2023.
- VÁZQUEZ SOTELO, J.L. «Los principios del proceso civil», en *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Albácar López (coord.), Trivium, Madrid, 1994.
- VÁZQUEZ SOTELO, J.L. «Las iniciativas probatorias del juez en el proceso civil», en *Revista justicia: revista de derecho procesal*, núms. 1-2, 2009.
- VIGORITI, V. *Garanzie costituzionale del proceso civile (Due process of law e art. 24 Cost.)*, Giuffrè, Milano, 1970.

Índice general de la obra

LIBRO I. PARTE GENERAL

NOTA PRELIMINAR	11
-----------------------	----

CONOCIENDO AL PROFESOR CACHÓN

I. BREVE BIOGRAFÍA	15
II. LA OBRA DEL PROFESOR MANUEL-JESÚS CACHÓN CADENAS	19
III. LA VISIÓN DE SU MAESTRO, SUS COMPAÑEROS Y DISCÍPULOS	41
ESTRELLADO	41
<i>Francisco Ramos Méndez</i>	
BREVE NOTA SOBRE UNA LARGA AMISTAD	47
<i>Mª Victoria Berzosa Francos</i>	
UN CUENTO DE NAVIDAD JUDICIAL	49
<i>JFA</i>	
LA HISTORIA DEL PROFESOR CACHÓN	63
<i>Enric Fossas Espadaler</i>	
MANUEL CACHÓN CADENAS: EL MEJOR PROCESALISTA HISTORIADOR DEL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL	73
<i>Joan Picó Junoy</i>	
VALORES QUE NOS HA TRANSMITIDO EL PROFESOR	83
<i>Carmen Navarro Villanueva, Consuelo Ruiz de la Fuente, Núria Reynal Querol, Arantza Libano Beristain, Francisco Ramos Romeu, Santi Orriols García</i>	

CUESTIONES GENERALES DE DERECHO PROCESAL

IV. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO Y LAS EXIGENCIAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 6.1 CEDH; EN PARTICULAR, EL DERECHO DE ACCESO A UN TRIBUNAL	89
<i>Coral Arangüena Fanego</i>	
V. EL ABUSO DE DERECHO EN EL PROCESO Y LA BUENA FE PROCESAL EN LA DIRECTIVA 2024/1069 SOBRE DEMANDAS ESTRATÉGICAS	111
<i>M^a Jesús Ariza Colmenarejo</i>	
VI. AMOR, EMPATÍA Y OTRAS CUESTIONES CONVENIENTES PARA LITIGAR	129
<i>José Bonet Navarro</i>	
VII. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS SOBRE EL DERECHO PROBATORIO	145
<i>Tiziana Di Ciommo</i>	
VIII. SOBRE EL ROL DEL DERECHO PROCESAL COMPARADO EN ESPAÑA. UNA VIEJA PONENCIA Y UNA CARTA	157
<i>Ignacio Díez-Picazo Giménez</i>	
IX. METODOLOGÍA Y ÉTICA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. LA PERSPECTIVA PROCESALISTA EN LA DECADENCIA DE LA UNIVERSIDAD	167
<i>Angelo Dondi</i>	
X. AUTOGOBIERNO Y HETEROGOBIERNO DEL PODER JUDICIAL: EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ENTRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA	177
<i>Juan Carlos Gavara de Cara</i>	
XI. BREVES REFLEXIONES SOBRE LA MAGIA DEL DERECHO	219
<i>M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera</i>	
XII. CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO, ACTIVISMO JUDICIAL Y LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN	241
<i>Alicia González Navarro</i>	
XIII. SISTEMAS LEGALES Y DERECHO COMPARADO: EL DERECHO ESCANDINAVO EN PARTICULAR	253
<i>Mar Jimeno Bulnes</i>	
XIV. INDEPENDENCIA JUDICIAL: ¿CÓMO VOLVER A SU OLVIDADA ESENCIA?	283
<i>Jordi Nieva Fenoll</i>	

XV. LA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL Y EL GOBIERNO DE LA JUDICATURA EN ALEMANIA: VISIÓN PANORÁMICA Y UN BREVE EJERCICIO DE COMPARACIÓN CON EL MODELO ESPAÑOL	303
Guillermo Ormazabal Sánchez	
XVI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: «DEEPFAKES» Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS	321
Francisco Ortego Pérez	
XVII. LOS DESAFÍOS METODOLÓGICOS DE COMPARAR. NOMBRE <i>VERSUS</i> IDENTIDAD. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE DOS CORTES DE VÉRTICE PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	339
Eduardo Oteiza	
XVIII. LA HETEROCOMPOSICIÓN EN LA PREHISTORIA	361
Francisco Ramos Romeu	
XIX. EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ	399
Miquel Tucho Morillo	
XX. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE JUICIO JUSTO EN EL PROCESO LABORAL (GARANTÍAS PROCESALES VS PRINCIPIOS RECTORES)	407
David Vallespín Pérez	

LIBRO II. PROCESO CIVIL

I. LA CLÁUSULA REBUS Y LA COSA JUZGADA	11
Federico Adan Domenech	
II. RAZONAMIENTO PROBATORIO EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL: BAJO LOS LÍMITES DEL CONTRADICTORIO Y LA POSIBILIDAD DE DISPONER DEL OBJETO PROCESAL	29
Tomás J. Aliste Santos	
III. LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN LA LEC 2000: ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS CUANDO LAS DIFERENTES ACCIONES DEBEN SEGUIRSE POR PROCESOS DE DISTINTA CLASE. ESPECIAL REFERENCIA A LA POSIBLE ACUMULACIÓN AL PROCESO DE DESAHUCIO POR PRECARIO DE LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO	77
Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol	
IV. EN TORNO A LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PROCESO	87
Lorenzo Bujosa Vadell	

V. ¿CUÁNTO MÁS CONCENTRADO Y ORAL ES EL JUICIO VERBAL QUE EL PROCESO ORDINARIO? RAZONES PARA SUBSISTIR	109
<i>Sonia Calaza López.</i>	
VI. LA DECLARACIÓN NEGATIVA: ENTRE LAS ACCIONES TORPEDO Y LAS PROVOCATORIAS ENCUBIERTAS	135
<i>M.ª Pía Calderón Cuadrado</i>	
VII. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCESO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	181
<i>Faustino Cordón Moreno</i>	
VIII. PROCESO CIVIL ALEMÁN 2.0 TENDENCIAS DE DIGITALIZACIÓN Y MULTILINGÜISMO	195
<i>David Cuenca Pinkert</i>	
IX. CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES	213
<i>Juan Damián Moreno</i>	
X. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 135.5 DE LA LEC TAMBIÉN A LOS PLAZOS SUSTANTIVOS TRAS EL RD-LEY 6/2023	239
<i>Andrés Domínguez Luelmo / Fernando Toribios Fuentes</i>	
XI. LA MENOR PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES EN LOS DESAHUCIOS ARBITRALES	253
<i>Ramon Escaler Bascompte</i>	
XII. PROBLEMAS ACTUALES DEL PROCESO CIVIL MONITORIO	273
<i>José Garberí Llobregat</i>	
XIII. SOBRE EL DOMICILIO DEL DEMANDADO COMO CRITERIO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: DOS APORTACIONES JURISPRUDENCIALES RECIENTES	281
<i>Miguel Gardeñas Santiago</i>	
XIV. REFLEXIONES SOBRE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA	297
<i>Ayllen Gil Seaton</i>	
XV. PUBLICIDAD E INTERVENCIÓN EN PROCESOS CIVILES PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS	307
<i>Tomás López-Fragoso Álvarez</i>	

XVI. EL PUBLICISMO (S/C) PROCESAL CIVIL COMO ENFERMEDAD MENTAL	321
<i>Juan Montero Aroca</i>	
XVII. LOS DERECHOS DEL JUSTICIABLE EN LOS INTERNAMIENTOS URGENTES NO VOLUNTARIOS POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO	341
<i>Arturo Muñoz Aranguren</i>	
XVIII. DIEZ IDEAS TEMPRANAS DE TARDÍOS PASEOS ORDINARIOS	361
<i>Santi Orriols García</i>	
XIX. CLÁUSULAS ABUSIVAS, CONTROL DE TRANSPARENCIA Y TUTELA JUDICIAL COLECTIVA DE CONSUMIDORES. ASUNTO C-450/22 — CAIXABANK Y OTROS: DEL TS AL TJUE Y VUELTA	375
<i>Manuel Ortells Ramos</i>	
XX. LA COMPETENCIA OBJETIVA DE LAS FUTURAS SECCIONES DE INFANCIA, FAMILIA Y CAPACIDAD EN LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA	421
<i>Francesc Xavier Pereda Gámez</i>	
XXI. LA CUESTIÓN INCIDENTAL DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS: UN TEMA SIN RESOLVER	435
<i>Pedro Rebollo Díaz</i>	
XXII. NOTAS ACERCA DE UNA POSIBLE Y FUTURA REFORMA DEL JUICIO CAMBIARIO	469
<i>Mercedes Serrano Masip</i>	
XXIII. ARBITRAJE Y REGISTROS PÚBLICOS: UN LARGO CAMINO DE DESENCUENTROS	489
<i>Jaume Solé Riera</i>	
XXIV. LA ODISEA DEL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	505
<i>Nancy Carina Vernengo Pellejero</i>	

LIBRO III. PROCESO PENAL

I. RESPONSABILIDAD CIVIL Y ESTAFAS INFORMÁTICAS BANCARIAS	11
<i>Marien Aguilera Morales</i>	
II. EL DERECHO PROCESAL PENAL INTERNACIONAL ESPAÑOL	23
<i>Juan Manuel Alonso Furelos</i>	

III. AVANCES EN MEDIDAS DE PROTECCIÓN, PRUEBA PENAL Y TESTIGO ANÓNIMO. EL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA	69
<i>Teresa Armenta Deu</i>	
IV. JUECES SIN ROSTRO. TERRORISMO Y PROCESO	95
<i>José María Asencio Mellado</i>	
V. MODELO PROCESAL DE ADAPTACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR EN EL PROCESO PENAL	121
<i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	
VI. CORTE PENAL INTERNACIONAL: CUESTIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD E INTANGIBILIDAD DE LA COSA JUZGADA	145
<i>Luis Andrés Cucarella Galiana</i>	
VII. LA ACCIÓN POPULAR: SINGULARIDAD Y RACIONALIDAD (UNAS REFLEXIONES DE J. BENTHAM SOBRE LA ACUSACIÓN PENAL)	165
<i>Andrés de la Oliva Santos</i>	
VIII. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y LAS MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS AUTOINCRIMINATORIAS DE SOSPECHOSOS Y DETENIDOS ANTE LOS AGENTES POLICIALES	177
<i>Juan José Duart Albiol</i>	
IX. LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA «EN DIFERIDO» EN EL REGLAMENTO (UE) 2024/1689 DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL	201
<i>José Francisco Etxeberria Guridi</i>	
X. NO VA SOBRE ÉTICA, VA SOBRE DEMOCRACIA. EL DISEÑO ALGORÍTMICO Y LA JUSTICIA PENAL	229
<i>Xulio Ferreiro Baamonde</i>	
XI. LA DECISIÓN MARCO 2002/584/JAI A LA LUZ DEL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL: DIRECTIVA (UE) 2023/2843 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2023	255
<i>Leticia Fontestad Portalés</i>	
XII. PRINCIPIO NE BIS IN IDEM Y SEGURIDAD JURÍDICA	277
<i>Isabel Hernández Gómez</i>	
XIII. EL NE BIS IN IDEM, UN LÍMITE PROCESAL AL JUS PUNIENDI	331
<i>Hernán Hormazábal Malarée</i>	

XIV. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LOS SISTEMAS DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE EVENTOS ADVERSOS EN LA ESFERA SANITARIA	349
<i>Arantza Libano Beristain</i>	
XV. EL EJERCICIO ACUMULADO DE LA ACCIÓN PENAL Y CIVIL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DELITO	385
<i>Núria Mallandrich Miret</i>	
XVI. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA PENAL DE MENORES	401
<i>José Martín Ostos</i>	
XVII. DILACIONES PENALES E INEFICIENCIA PROCESAL: UN EXAMEN DE LAS DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS Y EXTEMPORÁNEAS	421
<i>Pilar Martín Ríos</i>	
XVIII. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO Y EL DERECHO AL SILENCIO. LA LECTURA DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES	441
<i>Víctor Moreno Catena</i>	
XIX. A VUELTAS CON LA COMPETENCIA OBJETIVA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES Y LOS JUZGADOS DE LO PENAL	473
<i>Julio Muerza Esparza</i>	
XX. PRUEBA PROHIBIDA Y DISPENSA DE DECLARAR (ARTÍCULO 416 LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL)	483
<i>Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín</i>	
XXI. LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA PENAL Y PROCESAL	507
<i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	
XXII. ALGUNOS PROBLEMAS PROCESALES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE AMnistía	525
<i>Rafael Rebollo Vargas</i>	
XXIII. TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CONTRADICCIONES EN LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	539
<i>Núria Reynal Querol</i>	
XXIV. LA PROTECCIÓN DE LOS ALERTANTES EN ESPAÑA EN CASOS DE CORRUPCIÓN Y OTROS DELITOS GRAVES	559
<i>Nicolás Rodríguez-García</i>	

XXV. SANCIONES TRIBUTARIAS PENALES (DOBLE INSTANCIA O DERECHO AL REEXAMEN, AL HILO DEL CASO SAQUETTI IGLESIAS C. ESPAÑA)	585
<i>Miguel Ángel Sánchez Huete</i>	
XXVI. EL PRINCIPIO DE <i>NON BIS IN IDEM</i> : ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO DE LA UE	613
<i>Ágata M. Sanz Hermida</i>	
XXVII. LA ACUMULACIÓN DE CONDENAS DICTADAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS: CONSECUENCIAS DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 4/2014	633
<i>Alberto Varona Jiménez</i>	

LIBRO IV. EJECUCIÓN PROCESAL

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES	11
<i>Pedro Álvarez Sánchez de Movellán</i>	
II. LA EJECUCIÓN PENAL: UNA MIRADA HACIA LOS PRINCIPALES RETOS Y DESAFÍOS	41
<i>Laura Álvarez Suárez</i>	
III. EJECUCIÓN FORZOSA EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	61
<i>Rafael Arenas García</i>	
IV. PROCESO DE EJECUCIÓN CIVIL Y ALGORITMOS	85
<i>Silvia Barona Vilar</i>	
V. EL ÉXITO DE LA ENTIDAD ESPECIALIZADA: NUEVOS HORIZONTES EN EL CONCURSO DE ACREDITADORES	117
<i>Elisabet Cerrato Guri / Roser Casanova Martí</i>	
VI. ANALISIS JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL IMPEDIR LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	133
<i>Eneko Etxeberria Bereziartua</i>	

VII. CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: LA FORZOSA (Y FORZADA) ADECUACIÓN DEL MODELO TRADICIONAL DE EJECUCIÓN CIVIL A LOS ESTÁNDARES EUROPEOS	175
<i>Jesús María González García</i>	
VIII. LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	205
<i>Carlos Górriz López / Miriam Magdalena Cámara</i>	
IX. MUJERES EXTRANJERAS EN PRISIÓN. UNA REVISIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL, EUROPEA E INTERNACIONAL	237
<i>Noemí Hernández Jiménez</i>	
X. LAS REFORMAS DE LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL DESDE LA LEY CONCURSAL DEL 2003	249
<i>Josefina Huelmo Regueiro</i>	
XI. UNA APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROCESAL DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL	263
<i>Antonio Mª Lorca Navarrete</i>	
XII. UNA INSTITUCIÓN PROCESAL ANTE LA REALIDAD: BASES TEÓRICAS SOBRE LA EMBARGABILIDAD DE ACTIVOS DIGITALES	281
<i>Fernando Martín Díz</i>	
XIII. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN CIVIL POR PREJUDICIALIDAD CIVIL. UN PROBLEMA SOBRE REGLAS PROCESALES, EXCEPCIONES EXPLÍCITAS Y EXCEPCIONES IMPLÍCITAS	303
<i>Carlos de Miranda Vázquez</i>	
XIV. LECTURA CONSTITUCIONAL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE HOMOLOGACIÓN DE PLANES DE REESTRUCTURACIÓN	327
<i>Belén Mora Capitán</i>	
XV. LA PROCURA Y EL ACCESO AL PUNTO NEUTRO JUDICIAL. UNA PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA	337
<i>Vicente Pérez Daudí</i>	
XVI. EL DESISTIMIENTO DEL EJECUTANTE FRENTE AL MEJOR DERECHO DEL TERCERISTA	367
<i>María Ángeles Pérez Marín</i>	

XVII. CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN TORNO A LA MODALIDAD ORDINARIA DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	385
<i>Esther Pillado González / Tomás Farto Piay</i>	
XVIII. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>: EL PUNTO NEUTRO JUDICIAL	419
<i>Cristina Riba Trepaut</i>	
XIX. LA MANIFESTACIÓN DE BIENES POR EL DEUDOR EN LA EJECUCIÓN CIVIL	427
<i>Manuel Richard González</i>	
XX. MENOS INVENCIÓN, MÁS PROFESOR CACHÓN.	437
<i>Luis Rodríguez Torres</i>	
XXI. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS NO DINERARIAS	443
<i>Consuelo Ruiz de la Fuente</i>	
XXII. EL TRIUNFO DE LA ESTRUCTURA SIMPLE DEL EMBARGO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000	461
<i>Josep M. Sabater Sabaté</i>	
XXIII. ESPECIALIDADES DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA NAVAL.	467
<i>Eliseo Sierra Noguero</i>	

LIBRO V. APUNTES HISTÓRICOS Y OTROS ESTUDIOS

APUNTES HISTÓRICOS

I. LA PRUEBA DE LA HIDALGUÍA.	13
<i>Juan Antonio Andino López</i>	
II. JOSÉ ANTÓN ONECA Y LA HISTORIA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ESPAÑOLA	37
<i>José Cid Moliné</i>	
III. LOS LUGARES DE EJECUCIÓN Y TORMENTO EN BARCELONA	57
<i>Miriam Cugat Mauri</i>	
IV. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA REVISIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	75
<i>María Luisa Domínguez Barragán</i>	

V. TRES HISTORIAS EN EL ACCESO DE LA MUJER A PROFESIONES JURÍDICAS	91
<i>María Jesús García Morales</i>	
VI. VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, UN EJEMPLO PERENNE	107
<i>Juan-Luis Gómez Colomer / Víctor Fairén Le Lay</i>	
VII. LA JUSTICIA PARA LA JUSTICIA. UN APUNTE SOBRE LA FILOSOFÍA JUDICIAL EN DRANGUET Y SU CONEXIÓN CON LA ÉTICA JUDICIAL	133
<i>Piedad González Granda</i>	
VIII. FILÓSOFOS DEL DERECHO EN LA CATALUÑA DEL SIGLO XX (A LA MANERA DEL PROF. MANUEL CACHÓN)	167
<i>José Juan Moreso Mateos</i>	
IX. UNA APROXIMACIÓN AL JURADO POPULAR MIXTO DE LA SEGUNDA REPÚBLICA	177
<i>Carmen Navarro Villanueva</i>	
X. DOS CUESTIONES SUSCITADAS EN LA JURISDICCIÓN DEL MARQUESADO DE PRIEGO DURANTE LOS AÑOS 1523 Y 1529	209
<i>Manuel Peláez del Rosal / María Luisa García Valverde</i>	
XI. EL JOVEN EMILIO GÓMEZ ORBANEJA: UN SUSPIRO LITERARIO ENTRE LAS RIGIDECES DEL DERECHO	223
<i>Julio Pérez Gil</i>	
XII. DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN ESPAÑA (1932)	245
<i>Carlos Petit Calvo</i>	
XIII. DECÍA BECEÑA. MIRADA DE HOY A MAGISTRATURA Y JUSTICIA	277
<i>José Luis Rebollo Álvarez / José María Roca Martínez</i>	
XIV. MUJER Y TRIBUNAL DE JURADO EN LA SEGUNDA REPÚBLICA (1931-1936)	289
<i>José Santiago Yanes Pérez</i>	
 OTROS ESTUDIOS	
XV. DESMATERIALIZACIÓN Y SUTIL REMATERIALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	311
<i>Joan Amenós Álamo</i>	

XVI. DEL CONFESIONARIO AL CÓDIGO PENAL: LAS CONDUCTAS SEXUALES DE FUNCIONARIO PÚBLICO	319
<i>Margarita Bonet Esteva</i>	
XVII. DILIGENCIA MÉDICA EN TELEMEDICINA Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR ERROR EN LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS	347
<i>Sandra Camacho Clavijo</i>	
XVIII. LA PERVERSIDAD INDUCIDA	367
<i>Pompeu Casanovas Romeu</i>	
XIX. DE NUEVO SOBRE LAS ACCIONES JUDICIALES EN DEFENSA DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN PROTEGIDA (DOP) E INDICACIÓN GEOGRÁFICA PROTEGIDA (IGP) DE PRODUCTOS AGRÍCOLAS (APOSTILLA A LA STS [SALA 1ª] DE 18.07.2019)	385
<i>Ramón Morral Soldevila</i>	
XX. EL CONSENTIMIENTO POR DEFECTO PARA EL USO SECUNDARIO DE LOS DATOS SANITARIOS ELECTRÓNICOS. APROXIMACIÓN AL REGLAMENTO DEL ESPACIO EUROPEO DE DATOS SANITARIOS	407
<i>Susana Navas Navarro</i>	
XXI. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ENTRE LA NULIDAD Y EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA	425
<i>Gloria Ortega Puente</i>	
XXII. LA REFORMA DEL ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL EUROPEO?	443
<i>Montserrat Pi Llorens</i>	
XXIII. EL ALCANCE DE LA NULIDAD POR USURA	463
<i>Maria Planas Ballvé</i>	
XXIV. LA DIGNIDAD HUMANA Y LA SINGULARIDAD DE LA IA	479
<i>Marc-Abraham Puig Hernández</i>	
XXV. NORMAS Y PRESUNCIÓNES DE TITULARIDAD EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA	495
<i>Judith Solé Resina</i>	
XXVI. EVALUACIÓN ACTUARIAL DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. IMPLICACIONES PARA EL SISTEMA PENAL	513
<i>Asier Urruela Mora</i>	

TABULA GRATULATORIA

TABULA GRATULATORIA	529
----------------------------------	-----



ROCESSUS IUDICII

Siguiendo con la inmemorial tradición académica, compañeros, discípulos y amigos del Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas le ofrecemos este *LIBER AMICORUM* como muestra de agradecimiento, aprecio y admiración por su brillante trayectoria académica, con ocasión de su jubilación de la Universidad.

La presente obra cuenta con 122 estudios científicos elaborados para la ocasión, en los que han participado 129 autores. Debido a la variedad de temas abordados en las aportaciones que se incluyen en esta obra, se ha optado por dividirlas en grandes bloques. El primer libro está dedicado a la Parte General e incluye una invitación al lector para conocer un poco mejor al Profesor Cachón, su trayectoria profesional y personal, desde la mirada de su maestro, de sus amigos y de sus discípulos. El segundo libro se consagra al Proceso Civil; el tercero al Proceso Penal; el cuarto al Proceso de Ejecución. Y, finalmente, el quinto libro, recoge Estudios históricos y de otras disciplinas, para culminar con la *Tabula Gratulatoria* con dedicatorias de compañeros y amigos que se han querido adherir al homenaje. Los estudios científicos se presentan siguiendo el estricto orden alfabético de los apellidos de los autores y han sido insertados en cada uno de los libros según la materia a la que se circunscriben.

ISBN 979-13-87543-73-0



9 791387 543730