JUECES para la DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

R. Sáez Valcárcel, Justicia universal en España. **T. Vicente y C. Berzosa,** El triunfo de las finanzas capitalistas y el deterioro de los derechos. **E. Calvo Rojas,** La denominada 'doctrina jurisprudencial vinculante'. **Comisión de Derecho Privado de JpD,** La protección de los clientes de banca y las últimas reformas legislativas. **A. del Moral García,** Justicia penal y corrupción. **N. Maurandi Guillén,** El control de la discrecionalidad técnica. **Grupo de trabajo de JpD,** Sobre el anteproyecto Gallardón de LOPJ. **F. J. Pereda Gámez,** Los tribunales de instancia. **G. Alcoba Gutiérrez,** Jueces en expectativa de destino. **F. Zubiri de Salinas,** Acceso a los recursos y tutela judicial. **Jaume González Calvet,** Las medidas cautelares en el proceso de ejecución social. **P. Gilligan,** La Red Europea de Consejos de Justicia.

80 julio / 2014

JUECES para la DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

nº 80 julio 2014

En este número: Alcoba Gutiérrez, Gonzalo, juez en expectativa de destino, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de El Ejido (Almería).
Berzosa Alonso Martínez, Carlos, catedrático de Economía, Universidad Complutense (Madrid), presidente de la Sociedad de Economía Mundial y presidente de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR).
Calvo Rojas, Eduardo, magistrado, Sala Tercera, Tribunal Supremo.
Del Moral García, Antonio, magistrado, Sala Segunda, Tribunal Supremo.
Gilligan, Paul, presidente de la Red Europea de Consejos de Justicia; magistrado del Tribunal Superior de Justicia (Irlanda)
González Calvet, Jaume, magistrado, Juzgado de lo Social n.º 30, Barcelona.
Maurandi Guillén, Nicolás, magistrado, Sala Tercera, Tribunal Supremo.
Pereda Gámez, Fco. Javier, magistrado, Audiencia Provincial, Barcelona.
Sáez Vácárcel, Ramón, magistrado, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.
Vicente Giménez, Teresa, profesora titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Murcia, y abogada.
Zubiri de Salinas, Fernando, presidente Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Jueces para la Democracia. Información y Debate
Publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (director), Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, José Miguel GARCÍA MORENO, Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, Alberto JORGE BARREIRO, Begoña LÓPEZ ANGUITA, Ramón SÁEZ VALCÁRCEL. Secretario de redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 Madrid.
E-mail: info@juecesdemocracia.es http://www.juecesdemocracia.es

Suscripciones: Maxipack S.L., Avda. del Sistema Solar n.º 3 A. Parque Tecnológico
28830 San Fernando de Henares. Madrid
Tel. 91 677 53 60
Fax 91 674 93 00
E mail: suscripciones@maxipack.es

Precio de este número: 10 € (IVA incluido)

Suscripción anual (nacional): 24 € (3 números)
Europa: 34 €
Resto: 40 €
Depósito legal: M. 15.960-1987. ISSN: 1133-0627. Impresión: Estudios Gráficos Europeos, S.A.

ÍNDICE

Pág..

Debate

— *Justicia universal en España: el olvido del crimen de estado*, Ramón Sáez Valcárcel 5
— *El triunfo de las finanzas capitalistas y el deterioro de los derechos sociales y de los derechos ecológicos*, Teresa Vicente Giménez y Carlos Berzosa Alonso Martínez 18
— *La denominada "doctrina jurisprudencial vinculante" en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, Eduardo Calvo Rojas 38
— *La protección de los clientes de banca y las últimas reformas legislativas*, Comisión de Derecho Privado de Jueces para la Democracia 49

Estudios

— *Justicia penal y corrupción: respuestas, carencias, resultados, posibilidades*, Antonio del Moral García 51
— *El control de la discrecionalidad técnica y la libre designación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y II)*, Nicolás Maurandi Guillén 64

Cuestiones de ordenamiento judicial

— *Sobre el Anteproyecto Gallardón de Ley Orgánica del Poder Judicial*, Grupo de trabajo de Jueces para la Democracia 121
— *Los tribunales de instancia: más luces que sombras*, Fco. Javier Pereda Gámez 121
— *Jueces en expectativa de destino: ¿Jueces movibles?*, Gonzalo Alcoba Gutierrez 121

Teoría/práctica de la jurisdicción

— *Acceso a los recursos y tutela judicial efectiva*, Fernando Zubiri de Salinas 107
— *Las medidas cautelares en el proceso de ejecución social*, Jaume González Calvet 107

Internacional

- *La Red Europea de Consejos de Justicia,* Paul Gilligan xxx

Apuntes

— *La justicia está que arde* 151
— *Legislador bipolar* 151
— *Para septiembre* 152
— *El caminar (hacia atrás) de los derechos* 153
— *Es solo la falta de costumbre* 154
— *Pensamiento nacional* 154

Extractos/abstracts 155

Santander

JUSTICIA

¿AÚN NO CONOCE SANTANDER JUSTICIA?

Un servicio exclusivo del Banco Santander para profesionales del mundo de la Justicia.

Descubra todas las ventajas.

Infórmese de las condiciones completas en su oficina Santander, en el 902 100 277 o en www.bancosantander.es

Queremos ser tu banco

Santander

un banco para tus ideas

bancosantander.es
bsan.mobi

DEBATE

JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA: EL OLVIDO DEL CRIMEN DE ESTADO

Ramón SÁEZ VALCÁRCEL

1. Durante un tiempo hemos asistido a un espectáculo inédito y de difícil inteligencia: víctimas de crímenes contra la humanidad que iban o venían por espacios globales buscando un juez presto para la escucha. Todo un bien escaso en el "mundo civilizado". Asociaciones de derechos civiles, incluso de los Estados hegemónicos, que acudían a Madrid para denunciar las masacres de las dictaduras de Sudamérica, las torturas de Guantánamo o las entregas clandestinas de detenidos no sometidos a régimen jurídico, los bombardeos y asesinatos selectivos de dirigentes palestinos en Gaza y Cisjordania, los crímenes de la guerra sucia en Guatemala, los genocidios de Ruanda o el Tíbet. Y en sentido inverso, las víctimas de la represión franquista se desplazaban a Argentina, cuya justicia había admitido una querella por la persecución, desaparición y muerte de enemigos políticos entre 1936 y 1977. La detención de Pinochet en Londres en el año 1998 supuso un cambio de paradigma. Las víctimas podían hacer justiciable a sus propios Estados y gobernantes por crímenes de estado o delitos internacionales.

Un fenómeno que está necesitado de explicación, para otorgar sentido a ese errático comportamiento de las víctimas y de los colectivos de defensa de los derechos humanos. Turismo de los derechos, lo ha denominado, con la sagacidad que le caracteriza, Stefano Rodotà (*La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho,* Trorra, Madrid, 2010); se habría levantado una suerte de mercado global de los derechos al que se accede para recuperar los derechos negados por el Estado. Las víctimas buscan así una jurisdicción dispuesta a actuar, tratan de obtener la tutela de sus derechos e intereses, de hacer efectiva la garantía jurisdiccional que promete el estado constitucional, precisamente, frente a los crímenes de estado, de identificar una autoridad independiente que ampare su derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación. De esa manera, la institución que soporta este turismo global de los derechos, la justicia universal, el principio de extensión de la jurisdicción de los Estados para la persecución de los crímenes más graves, en nombre de la Comunidad internacional y al margen de cualquier consideración sobre el lugar de comisión o la nacionalidad del perpetrador y de las víctimas, se convierte en un magnífico medio de expresión de la universalidad de los derechos humanos, que obligan a todos, también, y en primer lugar, a los Estados.

Se ha dicho con razón que la emergencia de las víctimas supone un cambio de época. Y en este ámbito hallamos una representación única de dicha transformación, porque

las víctimas han desbordado los límites de la ciudadanía, tratan de someter al derecho y a los derechos humanos a su propio Estado, le hacen justiciable, realizando nada menos que el programa civilizatorio del estado de derecho, y de esa forma expanden el derecho y la cultura de la legalidad, en una estrategia explícita que evidencia uno de los rasgos de la contradictoria estrategia de la globalización.

2. La excepción se ha normalizado en el Estado de la crisis. La actividad legislativa del parlamento se convierte en una competencia residual, porque dicha instancia se limita a convalidar las normas que el gobierno elabora mediante Decreto-ley. Un mecanismo previsto para los casos de urgente y extraordinaria necesidad, en la medida que desequilibra el juego de poderes y altera las fuentes del derecho, es regla de procedimiento: el gobierno ha acudido en cincuentaicuatro ocasiones a esa forma degradada de hacer legislativo en el periodo actual (según consulta a junio de 2014). Es lo que Giorgio Agamben denunció como el paradigma del estado de excepción, en el que el ejecutivo se convierte en fuente ordinaria de producción de la ley y la necesidad en criterio de decisión (*Estado de excepción. Homo sacer II, 1,* Pre-Textos, Valencia, 2004). A su lado se habla de reforma legal exprés, metáfora tomada en préstamo de ciertos utensilios de cocina para calificar la producción legislativa que se desentiende de los trámites, de los informes pertinentes y de los plazos establecidos, es decir de la deliberación, que se afrontan como un inconveniente a la decidida intervención ante la crisis. Otro rasgo que define una especie de privatización del derecho es la pérdida de la generalidad de la ley: se redactan normas para ser aplicadas al caso concreto, respondiendo a los requerimientos de los poderes hegemónicos, ya sean estatales o corporativos. Resultado, una democracia en emergencia permanente.

La reforma de la jurisdicción universal por ley orgánica 1/2014 pone de manifiesto algunos de estos rasgos del estado de excepción de la crisis, se convierte en ejemplo de ese modo de entender la función de la ley y su producción. La necesidad fue creada por una decisión judicial: un auto de una sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 18.11.2013, estimó el recurso de las defensas y acordó que se procediera contra los querellados. El proceso tenía por objeto hechos calificados como genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, con ocasión de la ocupación del Tíbet y la posterior represión sobre su población. El 8 de enero pasado el juez instructor emitió una comisión rogatoria a China para que se recibiera declaración, en calidad de imputados, a un ex presidente de la República, a un ex primer ministro y a otros tres altos cargos del gobierno en el momento de los hechos. El 10 de febrero se libraron órdenes de detención internacional contra los cinco inculpados, previas a la solicitud de extradición. La maquinaria del derecho se puso en marcha ante la emergencia (creada judicialmente): el 17 de enero el grupo parlamentario del gobierno, con mayoría absoluta, presentó una proposición de ley, que fue publicada el 24 de enero y tomada en consideración en sesión plenaria el 11 de febrero (sin esperar al periodo de treinta días previsto en el reglamento). El 14 de febrero diputados de la mayoría solicitaron su tramitación urgente, directa y en lectura única; el 18 la Mesa así lo acordó y en una segunda sesión, en la misma jornada, decidió prescindir de los informes técnicos de la Cámara; el plazo de enmiendas concluyó el 24. La ley orgánica fue aprobada por el Pleno del Congreso el 27 de febrero y por el del Senado el 12 de marzo. Dos días después la norma era publicada en el Boe, entrando en vigor el siguiente. La opción por la proposición de ley era conveniente para tamaño esfuerzo: así se evitaban los trámites, siempre engorrosos, del proyecto de ley, que debe acompañarse de los informes preceptivos (del Consejo de Estado, del Consejo del Poder judicial y del Consejo Fiscal) y la memoria de impacto. Veintinueve días empleó el legislador, tal y como nombramos a ese sujeto institucional, en la tramitación de la ley. Un récord.

La disposición transitoria establecía que las causas en tramitación por los delitos a que afectaba la ley "quedarán sobreseídas" hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de conexión. Tenía aplicación inmediata sobre los procesos en trámite. La necesidad había sido atendida con eficacia.

El gobierno de la República China ha alabado, una vez que el tribunal (in)competente y privado de jurisdicción ha decidido el archivo del sumario, "la sabiduría y la habilidad" del gobierno español.

3. A pesar de ser obra de un solo autor, el nuevo art. 23.4 de la ley orgánica del poder judicial resulta de difícil comprensión, porque carece de sistemática, no responde a conceptos claros ni a pautas precisas. Se definen hasta trece situaciones diferentes, en atención a las categorías de delitos, para atribuir la competencia a los tribunales españoles por hechos ocurridos fuera del espacio de soberanía. En la mayoría de los casos la extensión extraterritorial de la jurisdicción requiere de criterios propios de la competencia bajo el principio de nacionalidad —ya previstos en el apartado 2 del art. 23—. En otros, atiende al principio de personalidad pasiva, no acogido en nuestro sistema y cuestionado en el derecho internacional, o al de protección, del apartado 3. Prototipo de esa innecesaria reiteración es el apartado h) sobre delitos relativos a materiales nucleares sólo perseguibles con base en el criterio de nacionalidad, es decir de personalidad activa. O la repetición en varios pasajes de la misma cláusula de remisión o salvaguardia del derecho internacional convencional.

Para conocer de los delitos más graves, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en caso de personas y bienes protegidos, será imprescindible que el perpetrador sea español (nacional), extranjero residente habitual en España (residencia más habitualidad) o extranjero que se encuentre aquí y cuya extradición hubiere sido denegada (presencia ante la jurisdicción, más petición de extradición del Estado del territorio, normalmente el suyo, y denegación de la entrega). Tres criterios de conexión que nada tienen que ver con la jurisdicción universal y que se convierten en una carrera de obstáculos insalvables. Los delitos más graves, los relativos a las masacres ejecutadas por los Estados, son sometido al régimen más restrictivo. Era el objetivo de la reforma, dejar sin efecto la prohibición del genocidio, de los crímenes de lesa humanidad o de guerra, salvo que se produzcan en nuestro territorio (alguna experiencia tenemos en crimen de masas estatal, aunque aquí y ahora nos parezca algo impensable).

Hay que advertir, un elemento olvidado en el debate público —que se ha generado no por la derogación de la prohibición del genocidio y de otras masacres, sino por la liberación de tripulantes imputados por delitos de tráfico de drogas cometidos mediante embarcaciones abordadas en alta mar cuyo destino no era España—, que la jurisdicción universal ya había sido previamente desnaturalizada y desactivada por la reforma llevada a cabo en 2009 (ley orgánica 1 de aquel año). Las causas que quedaban vivas respondían a la razón de que había víctimas nacionales, criterio de conexión entonces introducido. De ahí que se archivaran procesos que tenían por objeto torturas sistemáticas (delitos de lesa humanidad en atención al contexto, como el de los "juristas de Bush" que consideraban que en su guerra contra el terrorismo no les afectaba la prohibición absoluta), ejecuciones extrajudiciales y crímenes de guerra (bombardeos sobre poblaciones civiles en Gaza, para asesinar a un enemigo matando, daño colateral, a su familia y vecinos) o genocidios (la primera querella del Tíbet, sobre el caso Falung gong, que motivó la STc 227/2007). Aquella reforma también obedeció a los requerimientos de gobiernos de Estados fuertes, ante quienes fueron sacrificados los principios relativos a los derechos humanos.

Ya que los procesos mal llamados de jurisdicción universal, pues ya había sido liquidada, que habían generado la necesidad se sustentaban en la concurrencia de víctimas

nacionales, la reforma tenía que afectar a su derecho a la tutela judicial. Se ha establecido una jerarquía entre ellas, una jerarquía invertida si nos fijamos en la gravedad de los delitos. Porque la presencia de víctimas españolas será indiferente para (no) investigar genocidios, crímenes contra la humanidad y de guerra. Cuando existan víctimas de "los "nuestros" (vínculo de conexión de personalidad pasiva), siempre que tuvieren ese estatuto en el momento de ejecución, se podrán perseguir solo hechos relacionados con el terrorismo, la libertad e indemnidad sexual y la falsificación de productos médicos; nivel máximo de protección. Requerirán, además, que el perpetrador se encuentre en España los casos de tortura, desaparición forzada, violencia de género y familiar y trata de seres humanos. Se ha dejado sin amparo jurisdiccional a víctimas que ya habían accedido al proceso y, sobre todo en el caso de las provocadas por los crímenes de estado de persecución internacional, se las ha negado.

4. La desaparición de una institución cargada de connotaciones civilizatorias relacionadas con la vigencia universal de los derechos humanos y de los valores de la Comunidad internacional —que, según la Carta de Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte penal internacional son la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad— ha sido posible porque la justicia universal no ha gozado de crédito ante la opinión pública, ni siquiera en el ámbito de los juristas. Desgraciadamente ha sido incomprendida, incluso, por los mismos jueces.

La exclusión del genocidio y de las masacres del ámbito del derecho penal y de la criminología, de hecho no figuran en las estadísticas del delito, la misma indiferencia moral de la sociedades frente al crimen estatal en masa, se ha imputado a que los Estados-nación del centro del sistema mundo se han construido en procesos violentos y represivos en su interior y sobre genocidios coloniales o imperiales en el exterior, en la periferia. Véase la historia moderna, nuestra propia historia, para constatarlo. Y no son considerados como crímenes porque siguen siendo ejecutados por los Estados hegemónicos (Wayne Morrison, *Criminología, civilización y nuevo orden mundial,* Anthropos, Barcelona, 2012).

Claro que hay otros datos que ayudan a explicar este grave retroceso, que significa el entierro de la justicia universal, para la defensa de los valores esenciales del sistema internacional, de la vigencia de los derechos humanos. En primer término hemos de señalar la debilidad de los Estados de la periferia del centro, pensamos en España, ante la presión de los poderosos, que suponen la mayor fuente de riesgo de provocación de masacres y que se oponen a cualquier fórmula de garantía jurisdiccional de los derechos humanos frente a las más graves violaciones –como demuestra el que no hayan suscrito el Tratado que instituyó la Corte penal internacional. También mencionaremos la importancia de las relaciones e intercambios comerciales, que resucitan los viejos discursos sobre la soberanía y la no injerencia, expulsando de la comunidad internacional a otros actores que no sean el poder corporativo y los Estados. En pleno sprint legislativo, el responsable de las relaciones exteriores avalaba la reforma: "China tiene un 20% de la deuda pública española y bastaría un clic en un ratón para que nos encontrásemos con una prima de riesgo como la que teníamos hace dos años" (La Vanguardia, 25.6.2014).

5. Por ello, se hace necesario esclarecer los conceptos y valores en juego, ofreciendo una definición precisa de los crímenes internacionales y de la jurisdicción universal, instrumento a su servicio, para poner de manifiesto la diferencia, cuantitativa y cualitativa, respecto al resto de delitos, incluso de aquellos que tienen trascendencia internacional o transfronteriza y que habilitan a la extensión extraterritorial de la jurisdicción nacional.

Porque al definir la extensión y los límites de la jurisdicción, desde hace treinta años nuestra ley trata de modo idéntico a delitos que tienen diversa naturaleza, a los que

agrupa bajo el criterio unificador de que podían ser objeto de persecución extraterritorial. De esa manera se ha venido equiparando el genocidio con el tráfico de drogas (de resultado masivo y serial aquel, este un delito de peligro abstracto), los crímenes de guerra con la corrupción de menores o el terrorismo (aquéllos crímenes de estado, estos violencia privada) y los delitos de lesa humanidad con la mutilación genital femenina o la violencia de género (aquellos delincuencia sistemática, expresión de violencia institucional, estos de carácter individual). Sin distinguir entre crímenes de estado y delitos cometidos por particulares, entre bienes jurídicos colectivos e individuales, ni en la sistematicidad de los ataques, la cantidad de víctimas afectadas que los convierte en auténticos delitos masa o el carácter serial de los perpetradores. Ese tratamiento ha permitido un alto nivel de confusión, hasta desconocer la jurisdicción universal sobre crímenes internacionales, que ha sido neutralizada al extremo de su desaparición después de las sucesivas reformas.

6. Los crímenes internacionales son aquellos que fundamentan la aplicación directa del derecho internacional para exigir responsabilidad penal. Por lo tanto, presuponen la existencia de una norma del orden jurídico internacional que prevea la tipificación de la conducta y sus elementos, así como la pena a imponer, con independencia de las legislaciones penales domésticas (y de la forma de trasposición o integración de dichos delitos y sanciones en su legislación interna). Crímenes internacionales son los cuatro previstos en el art. 5 del Estatuto de la Corte penal internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, este último no desarrollado. De macrocriminalidad política se trata, de delitos habitualmente cometidos por aparatos de poder estatales o de estructuras de acción colectiva fortalecidas por el estado, que atentan contra la paz (el crimen de agresión), la seguridad y los derechos humanos. En un contexto de sistematicidad, que perfila la neta distinción entre el hecho global, las masacres como enfatiza Zaffaroni, y el hecho individual.

En relación con los delitos internacionales, los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad internacional en su conjunto, los Estados han de proceder a su persecución. Así lo dice el preámbulo del Estatuto de Roma del Tribunal penal internacional: es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales (luego, España se obligó voluntariamente a su persecución al ratificar el tratado). Ya lo establecieron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949: cada una de las partes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerla comparecer ante sus tribunales, sea cual fuere su nacionalidad (y al margen del lugar del hecho, art. 49, 50, 129 y 146 de cada tratado, respectivamente).

El diseño institucional después de la creación de la Corte penal internacional se sustenta en la complementariedad de total cobertura, resultando prioritaria la aportación de los Estados, cuya jurisdicción goza de preferencia. En primer lugar tiene el deber de actuar el Estado del territorio —que es un deber inexcusable, como ha recordado la filósofa del derecho Ana Messuti en su obra *Un deber ineludible. La obligación del estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales,* Ediar, Buenos Aires, 2013—; en segundo, el de la nacionalidad del autor. Todo ello en atención a los vínculos de conexión prioritarios, y naturales (de territorialidad y de personalidad activa). Pero concurren con cualquier otra jurisdicción nacional dispuesta a actuar, incluso por el criterio de competencia universal (art. 17.1 del Estatuto de Roma). No se olvide que el Estado del territorio normalmente estará implicado, de alguna manera, en la ejecución del crimen, y que el de la nacionalidad del autor tenderá a proteger al responsable, sobre todo en genocidios y crímenes de guerra, prototipo de crímenes de estado. De ahí la necesidad

de prever la concurrencia de otras jurisdicciones, un diseño ideal que rara vez se da en la práctica, porque el derecho y los tribunales del Estado del crimen no pudieron impedir la masacre, parece razonable pensar que tampoco van a perseguir a sus responsables.

Desgraciadamente, como demuestra el caso español, la presencia de la Corte internacional ha tenido un efecto desincentivador de la contribución de los Estados, al servir de excusa para la inactividad.

Si se desea que el sistema penal internacional tenga vigencia mundial para garantizar los derechos humanos básicos y perseguir a los autores de esos graves crímenes masivos y en serie, que haya un principio de justicia global, hay que aceptar que el mejor mecanismo con el que contamos, muchas veces el único a pesar de la existencia de la Corte, es la competencia universal de los Estados. Se ha de plantear la pregunta obligada que nos propone el filósofo del derecho Alejandro Chehtman (*Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial,* Marcial Pons, Madrid, 2013): ¿queremos que las sociedades confíen en que la prohibición del genocidio, de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad están en vigor? Entonces, hay que propiciar y fomentar la jurisdicción universal de los Estados para investigar y enjuiciar a los perpetradores de los crímenes de estado que constituyen delitos internacionales. Las restricciones a la competencia de la Corte penal internacional, acordadas por razones de oportunidad política y de las que su corta vida da cuenta, hacen descansar sobre los jueces nacionales la garantía jurisdiccional para la persecución de los más graves crímenes. Precisamente esa es la fuente de legitimación de la justicia penal extraterritorial: la necesidad de dotar de vigencia al derecho penal internacional.

En este ámbito la ley orgánica del poder judicial debería afirmar la jurisdicción universal sin establecer criterio de conexión alguno, porque cualquier vínculo desnaturaliza el concepto en se persiguen estos crímenes, una intervención que se acomete en nombre de la Comunidad internacional en su conjunto, sin atender a la nacionalidad del autor o de la víctima ni al lugar de ejecución del hecho, como dijo la STc 237/2005 (caso Guatemala).

7. Hay otros delitos que tienen trascendencia internacional o regional, ya sea porque afectan a intereses de la Comunidad internacional (tortura, desaparición forzada, terrorismo, seguridad de la aviación civil o apoderamiento de aeronaves) o porque se desarrollan en contextos transfronterizos (drogas, crimen organizado, trata de personas, corrupción). Hay que hacer notar que cuando la tortura y las desapariciones forzadas se ejecutan de forma masiva y sistemática adquieren otra dimensión, porque son una modalidad de crímenes contra la humanidad. Aquellas otras formas de delincuencia no se encuentran tipificadas en normas de derecho internacional que establezcan penas, aunque el derecho convencional comprometa a los Estados a contemplarlos en sus legislaciones penales y les permita extender su jurisdicción más allá de sus espacios de soberanía. Pero, la legalidad que se aplica no es internacional, sino la doméstica, el derecho interno.

De ahí, que en algunos casos la persecución extraterritorial requerirá de vínculos de conexión que justifiquen la injerencia de la jurisdicción del Estado.

8. Especial atención requiere la extensión extraterritorial de la justicia penal contra el tráfico de drogas, que ha propiciado una interpretación judicial que niega la jurisdicción española para perseguir esas conductas fuera de los espacios de soberanía cuando se trata de buques sin pabellón o con bandera extranjera, de imputados no nacionales y cuando España no es el punto de destino de la sustancia estupefaciente prohibida. Los convenios internacionales no obligan a los Estados parte a investigar y enjuiciar, solo a colaborar con otros Estados. Y la regla del apartado i) del art. 23.4 Lopj se limita a re-

coger dos de los tres supuestos que la Convención de Naciones Unidas de 1988 prevé; el legislador exprés no ha traspuesto —todavía no se sabe si consciente o inconscientemente, a la vista de las declaraciones de portavoces oficiales contradictorias con los actos de las instituciones que controlan— como criterio de atracción de la competencia el supuesto de hechos ejecutados por medio de embarcaciones que no enarbolen pabellón o llevasen uno extranjero, cuando hubieren sido abordadas en desarrollo de un acto de cooperación jurídica internacional (art. 4.b).

En este caso, porque la droga no circula hacia el territorio del Estado ni los autores son nacionales, es discutible desde el punto de vista político criminal que la jurisdicción deba intervenir, siendo atendibles razones de oportunidad o de falta de afectación a los intereses del Estado. Lo que nos interesa destacar es la notable diferencia entre delitos de particulares, incluso organizados, expresión de violencia privada, y los crímenes de derecho internacional ejecutados por el Estado, de modo sistemático, masivo y serial, que provocan masacres humanas. Es la distancia que existe entre el poder privado, al margen de la intensidad de la ofensa, y el poder estatal genocida.

España ha dejado de contribuir a la vigencia de la prohibición del genocidio y de los grandes crímenes contra los derechos humanos y contra el derecho humanitario, el que regula la guerra. Se trata de un capítulo más de la historia de la impunidad (inmensa) de los crímenes de estado. De momento se impusieron la razón de estado y los privilegios del mercado. Nuestro Estado y nuestro orden jurídico habrán de asumir el crimen de estado masivo.

EL TRIUNFO DE LAS FINAZAS CAPITALISTAS Y EL DETERIORO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y DE LOS DERECHOS ECOLÓGICOS[1]

Teresa VICENTE GIMÉNEZ
Carlos BERZOSA ALONSO MARTÍNEZ

1. LA DEMOCRACIA MODERNA COMO MARCO JURÍDICO-POLÍTICO DEL SISTEMA ECONÓMICO CAPITALISTA

El desarrollo histórico de los derechos humanos muestra la importancia de las exigencias de justicia de los ciudadanos como raíces del progresivo reconocimiento de los derechos fundamentales. Se trata de analizar el camino recorrido desde las necesidades básicas de las personas al reconocimiento de los derechos humanos, hasta alcanzar el status jurídico de derechos fundamentales. La perspectiva histórica trata de poner de manifiesto el carácter fundamentador de las sucesivas generaciones de derechos humanos, como base y estructura dinámica de la sociedad democrática o Estado de Derecho. Como señala el profesor Pérez Luño: "Para una exacta comprensión de las peculiaridades y alcance actual del Estado de Derecho, para captar la necesidad de las recíprocas implicaciones entre la Teoría del Estado de Derecho y el sistema de los derechos fundamentales, es imprescindible abordar el tema desde una perspectiva histórica" (Pérez Luño, 2005).

Las primeras formulaciones de la democracia en el periodo moderno, se corresponden con el Estado liberal de derecho y el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales y las libertades de carácter individual, que aparecen como derechos del ciudadano. En un segundo momento histórico, las luchas sociales del siglo XIX reivindican derechos de carácter social como derechos constituciones, que deben ampliar y completar el catálogo de derechos y libertades individuales ya reconocidos. En la segunda mitad del siglo XX, la respuesta jurídico-política a estas exigencias sociales se consagra con el reconocimiento constitucional de los derechos económicos sociales y culturales, tanto a nivel interno (Constitución), como a nivel internacional (Pactos Internacionales). De este modo, a partir de la Segunda Guerra Mundial la democracia occidental evoluciona del modelo de Estado liberal o democracia liberal, al modelo de Estado social de derecho o democracia social.

Ahora bien, conviene subrayar que el modelo de Estado social o Estado del bienestar se implantó dentro del marco del capitalismo de postguerra del mundo desarrollado, y que el sistema capitalista tuvo que conciliar, por imperativo de la nueva Constitución social, liberalismo y socialismo, lo que permitió que se lograran mejoras en la distribución de la renta e importantes logros en los derechos sociales.

La primera fase de desarrollo y consolidación del Estado del bienestar —desde la II Guerra Mundial hasta 1960— se caracterizó por haber hecho compatible el crecimiento

1 Este trabajo es la revisión ampliada de la ponencia presentada al I Congreso internacional de facultades y escuelas de trabajo social, celebrado en la Universidad de Murcia los días 25, 26 y 27 de abril de 2014, con el título Crisis económica y viabilidad de los derechos sociales y de los derechos ecológicos

del sistema económico y el desarrollo del sistema social. Los trabajadores comenzaron a dejar atrás las grandes privaciones que habían padecido en el siglo XIX y principios del XX, al tiempo que empiezan a participar de la sociedad del consumo, que se expande fundamentalmente en este periodo de auge económico. Por lo general, las clases sociales más desfavorecidas abandonan los ideales revolucionarios, que habían caracterizado los años anteriores, y pasan a apoyar las posiciones reformistas.

En efecto, el proyecto del Estado del bienestar da otra configuración a la sociedad del trabajo mediante una reforma de las relaciones laborales, que lleva a la humanización del trabajo. Al normalizarse el status de los trabajadores mediante la participación cívica y los derechos sociales, la población consigue vivir en libertad, justicia social y bienestar creciente. En este sentido, parece que se hubieran consumido las energías utópicas, y que el proyecto del Estado de bienestar se alimentara de los restos de la utopía de la sociedad del trabajo, como señala J. Habermas: "Todos los días nos enteramos de que las fuerzas productivas se convierten en destructivas y de que las capacidades de planificación se transforman en potencialidades de trastorno. ... La autonomía se convierte en dependencia, la emancipación en opresión, la racionalidad en irracionalismo. ... Hoy parece como si se hubieran consumido las energías utópicas, como si se hubiesen retinado del pensamiento histórico" (Habermas, 1988).

De todos modos, este capitalismo de posguerra sufría carencias, debido a que la desigualdad y la exclusión seguía existiendo en los países ricos, y a que la expansión que se consiguió no era ajena a unas relaciones de dominio que tenía sobre el tercer mundo y la consecución de materias primas y energía baratas. El gasto militar creció desmesuradamente al tiempo que había necesidades sociales insatisfechas. Resulta importante señalar que el Estado de bienestar que se fue implantando, con diferencias entre los países, fue lo máximo que se logró en las reformas económicas y sociales dentro del sistema capitalista, sin que la naturaleza principal que rige su funcionamiento quedase alterada. No obstante, el Estado de bienestar es contradictorio (Gouch, 1982).

La economía de mercado tutelada por el Estado, el llamado Estado del bienestar, vio su fin en la década de 1970, como consecuencia de la crisis económica que tuvo lugar. Como salida de la crisis los economistas neoliberales —monetaristas— empezaron a combatir las ideas keysenianas y lo que consideraban que había sido una excesiva injerencia del Estado en la economía. En este momento hay un cambio en las teorías que explican la inflación: se ataca la teoría keynesiana (que otorgaba más peso a los flujos de renta y gasto que a los fondos monetarios) que se instaló en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y se impone la teoría monetarista, que considera a la inflación como el enemigo público número uno, al cual hay que combatir, y que pasa a ocupar un lugar central en la economía. La política monetaria se puso en el centro de la política económica, así como el liberalismo económico, y el fundamentalismo de mercado

El Estado del bienestar comenzó a mostrar sus fallos a finales de la década de 1960 y 1970, en las que empezó a crecer de nuevo la inflación. La inflación siempre acompaña al sistema capitalista, pero en este momento era una carga demasiado grande, era la manifestación del comienzo de una crisis que se daba en esta fase del sistema. Algunos de los fallos que muestran la crisis del sistema son: el descenso de los beneficios (la disminución de los beneficios ponía de manifiesto la validez de la tesis de Marx sobre la tendencia de la tasa de ganancia al descenso), el aumento de los precios del crudo, el incremento de los salarios (producidos, entre otras cosas, por los grandes movimientos de los trabajadores en los países desarrollados que tuvieron lugar a partir de 1968, en condiciones de pleno empleo), el agotamiento de los incrementos de la productividad

(la productividad tenía dificultades para aumentar) y la crisis del sistema monetario internacional. Todas estas razones eran la expresión del agotamiento que sufría el modelo de desarrollo capitalista de posguerra, debido a la forma que tenía el capitalismo de preservar los beneficios y a las contradicciones del capitalismo entre los salarios y los beneficios. Y la creciente inflación era reflejo de todo ello.

Como recuerda el profesor Sampedro, no hay un consenso entre los economistas a la hora de explicar las causas que motivan la subida de los precios, sin embargo, la teoría monetarista se impone como explicación principal causante de la inflación, y se establece como teoría dominante desde los años setenta (Sampedro, J.L. & Berzosa, C., 2012). El monetarismo no tiene ambición teórica, aunque sí una gran inclinación a ofrecer propuestas de política económica donde el dinero ejerce una importancia decisiva. En las proposiciones que hacen los monetaristas, la política monetaria aparece como el instrumento para estabilizar los precios. Se proclama la necesidad de disminuir los impuestos, reducir el déficit público, y desregular los diferentes mercados.

La política monetaria se basó en subir de una forma desmesurada los tipos de interés para limitar la expansión monetaria y frenar con ello la inflación. A pesar de que las políticas monetaristas desempeñaron un papel en el freno a la inflación de la década de 1970, sin embargo no son razones monetaristas las que explican el fenómeno de la inflación. El proceso inflacionista tan fuerte que tuvo lugar tiene que ser explicado como parte de un proceso más amplio, y no solamente en función de las políticas económicas keysenianas llevadas a cabo, sino en un sentido más amplio, como consecuencia de un capitalismo en crisis.

Como ya se ha señalado entre las razones múltiples que explican la inflación, están los costes de la energía, sobre todo los precios del crudo, un producto tan importante para la producción económica de la economía mundial, y que influye en los precios de los productos industriales y de los salarios. En consecuencia, la espiral inflacionista se debe a un sistema que se rige fundamentalmente por la maximización de beneficios, y en ellos influyen todas las causas anteriores.

Los precios del petróleo, la fuente principal de energía en la sociedad de mediados del siglo XX y principios de éste, tuvo un alza en los años setenta, sobre todo en 1973 y 1979, y esta subida fue un detonante de la crisis, ya que fue un componente de los costes en la elevada inflación de entonces. También a finales de la década de 1970 la estanflación (coexistencia de desempleo e inflación) había puesto en cuestión la curva de Phillips (que implica que el empleo produce inflación), y con ella a la teoría monetarista. La recesión que se provocó a finales de la década de los setenta y principios de 1980, como consecuencia de la caída de la demanda, influyó en la baja de los precios del crudo, que vino acompañado del descenso de los salarios reales, lo que también influyó en la determinación de los precios. Estas causas explican la deflación o la bajada de los precios que se empezó a dar en la década de 1980.

De cualquier modo, las teorías monetaristas se implantan como hegemónicas en la nueva ortodoxia económica, lo que explica que no hayan tenido lugar otras propuestas novedosas desde los años setenta hasta nuestros días. Se trata de una recapitulación de un grupo de economistas que se unieron en sus críticas a la ortodoxia Keynesiana imperante en las décadas de 1950 y 1960. El monetarismo es, además, el intento de creación de un nuevo paradigma frente a la macroeconomía keynesiana. La política monetaria, a su vez, ha de entenderse como política de cantidad de dinero, debido a que son las autoridades las que pueden controlar la oferta monetaria.

Una de las consecuencias que plantea el monetarismo es la posición privilegiada de determinados países, empresas o grupos de poder, mediante los mecanismos de

adquisición y *desposesión* a escala planetaria. Además el *fenómeno posicional* de los países ricos aumenta el problema social de la desigualdad, donde la desigual capacidad que poseen los países para emitir pasivos no exigibles que sean aceptados en el actual sistema financiero internacional, amplifica las desigualdades entre países pobres y ricos, y donde el poder de las empresas para crear dinero en sentido amplio, o para emitir pasivos no exigibles que los mercados financieros, está escapando cada vez más al control de la sociedad (J.M. Naredo, 2010).

La aplicación de la política monetaria neoliberal, iniciada en los setenta pero sobre todo en los ochenta, ha tenido costes sociales muy elevados y ha favorecido a la economía financiera frente a la economía real. Las finanzas y los beneficios a corto plazo engordaron, la especulación también creció y las ganancias rápidas y fáciles se impusieron como norma básica de la nueva fase del capitalismo.

En esta nueva fase del capitalismo de los años ochenta, los gobiernos de Reagan y Thatcher se proponen acabar con el Estado del bienestar y el capitalismo regulado dando mayor protagonismo al mercado. Las ideas neoliberales se imponen como paradigma dominante en la academia sustituyendo a la hegemonía keynesiana, y las políticas económicas de los gobiernos se encaminan en esa dirección, así como las de los organismos económicos internacionales.

En todo caso, salvo en el Reino Unido, el Estado de bienestar siguió resistiendo la embestida ideológica del fundamentalismo de mercado. La razón es que la mayoría de la población apoyaba el Estado de bienestar, y los gobiernos, incluso los conservadores, no se atrevieron a desmantelarlo (Mishra, 1992). Desde entonces la controversia sobre la viabilidad del Estado de bienestar ha sido una constante, pues se da por acabado el consenso que rigió en la posguerra hasta los años setenta. Entre las numerosas publicaciones conviene resaltar dos obras que sintetizan muy bien las razones de esta confrontación en España (Casilda Béjar & Tortosa, 1996; Fernández García & Garcés Ferrer, 1999).

En España, la situación de Estado del bienestar es muy distinta a la trayectoria seguida por los países más avanzados de economía de mercado. La dictadura franquista aisló al país del orden internacional de posguerra que se llevó a cabo en el mundo occidental. Tampoco se implantó el Estado de bienestar tal como se entendió en los países avanzados de Europa. Hay que esperar a la restauración de la democracia en 1978 para que sea posible sentar las bases del bienestar. Fue, no obstante, a partir de 1982 con el gobierno del PSOE cuando se fueron sentando los pilares de su desarrollo. Desde entonces se han conseguido importantes logros y se ha avanzado en la consecución de una mayor igualdad en derechos y oportunidades. Los avances más notables se han conseguido en la educación, enseñanza universitaria, y sanidad.

La reforma constitucional del artc.135 de la Constitución Española (BOE 27/9/2011) ha producido un grave retroceso en el modelo de democracia social, porque con ella la prioridad principal de la política económica ya no son las personas, sino que ahora es el déficit. A partir de esta reforma, el gobierno reforma los ámbitos del trabajo, la salud, la educación, etc., desposeyendo a los ciudadanos de los servicios sociales y de los derechos laborales y sociales adquiridos. Con estas reformas, como afirma A. Baylos a propósito de la reforma laboral contenida en el RDL3/2012, se contradicen principios jurídicos y derechos constitucionales reconocidos, y se vulneran obligaciones internacionales asumidas por España: “Al plasmar este modelo anticonstitucional, que deroga los elementos centrales del marco democrático de relaciones laborales, incurre asimismo en inconstitucionalidades evidentes de ciertos preceptos legales, pero la depuración de éstos por el Tribunal Constitucional no evitará la convalidación de la violencia del poder privado como regla de gobierno de las relaciones laborales, lo que constituye

por tanto un cambio de modelo político que ignora el marco de la democracia social en el que se despliega el equilibrio entre capital y trabajo en nuestro sistema democrático" (Baylos, 2012).

En definitiva, la democracia actual es el marco jurídico-político del capitalismo que se impone a escala mundial, con una progresiva liberalización de los mercados de capitales, sobre todo financiero y de mercancías. La globalización triunfante no significa la liberalización de las personas, ni la protección internacional de sus derechos, como muestra la creciente desprotección que sufren para poner a salvo el modelo económico financiero. Tampoco significa la libre circulación de las personas y los flujos migratorias, que por el contrario, son conductas criminalizadas y castigadas.

En este sentido, la política migratoria de España, frontera sur de Europa, se ha convertido en política de contención de flujos migratorios y restricciones del derecho de asilo y refugio. Como consecuencia del fracaso de esta política, los movimientos migratorios a pesar de las restricciones legales se producen casi a diario, pero ahora en forma de grave tragedia humana, como la acontecida en Lampedusa el pasado 3 de octubre, o en la Playa del Tarajal en Ceuta el pasado 6 de Febrero, o el actual drama de la valla de Melilla. Mientras tanto se celebra la Cumbre UE-Africa sin dan carácter prioritario a esta injusta realidad. Y aparece como única respuesta capaz de tranquilizar a Europa y España, las palabras del presidente del Banco Central Europeo (BCE), afirmando que la causa de todos los males está en la inflación y que se tomarán todas las medidas necesarias para que el Mercado no sufra y, efectivamente, el dato que se muestra como tranquilizador es la subida inmediata de la Bolsa.

2. LA CRISIS DE LAS FINANZAS CAPITALISTAS Y LA DESPEDIDA DEL ESTADO DEL BIENESTAR

La crisis financiera que estalla en 2007 es la que se está utilizando como excusa contra el modelo social europeo. La crisis tiene una razón clara, que es el modelo de desarrollo basado en el crecimiento que ha seguido el capitalismo en los últimos decenios. Las causas de la crisis son la globalización neoliberal, la hegemonía de las finanzas, la desregularización y la desigualdad. Sin embargo, y de manera errónea, se ataca al Estado de bienestar como causante de los males que padecen las economías europeas, y se argumenta falsamente que dificulta la competitividad. Esta idea equivocada de que el Estado de bienestar es demasiado costoso y que frena la competitividad se usa como coartada para desmantelar el Estado de bienestar o Estado social. Se han realizado trabajos que cuestionan estas argumentaciones (Pfaller, Gouch, & Therborn, 1993).

En esta nueva fase del capitalismo financiero, que se inició en la década de 1980 de la mano férrea de la política neoliberal, surge una forma mucho más descarnada de lo que fue el capitalismo de la era de Keynes. El rasgo que define a la economía que se va gestando en estos años es el de la primacía de las finanzas, y han contribuido al logro de la hegemonía del capitalismo financiero internacional: el monetarismo, el fundamentalismo de mercado y el liberalismo económico. Así, en nuestros días, junto a la caída del Estado del Bienestar se proclama el triunfo de las finanzas capitalistas.

Dos hechos de gran significación preparan el triunfo de la mundialización de las finanzas capitalistas: el Tratado de Maatrich de 1992, donde se establecieron los criterios para lograr la unión monetaria europea, y el Consenso de Washington**,** donde se establecieron un conjunto de medidas de política económica que deberán ser aplicadas por los países en vías de desarrollo, con el fin de que éstos impulsaran el crecimiento y consiguieran una senda de camino estable. Estas líneas económicas comunes, conside-

radas durante los años 90 por los organismos financieros internacionales y los centros económicos con sede en Washington, como el mejor programa económico para Latinoamérica, luego se amplió a todos los demás países.

En la construcción de Europa como comunidad política, el camino recorrido por el proceso de integración europea muestra la desviación que ha sufrido el proyecto social europeo hacia la hegemonía de los mercados. Se ha desplazado el equilibrio o compatibilidad entre la autonomía del mercado y la política social, hacia una economía de mercado altamente competitiva, y Maastrich ha sido el punto de partida de esta renuncia al proyecto de una Europa Social, y a favor de una Europa de los Mercados.

En el diseño de la Unión Europea, la preeminencia que los Estados fundadores han dado al modelo económico frente al valor de la democracia y al modelo social, ha logrado el ascenso del neoliberalismo. Todos los principios económicos que se iban poniendo en marcha, con matices y diferencias en cada país, dificultaban la creación de un espacio social europeo y debilitaban el modelo de bienestar que se había ido construyendo en los países europeos tras el fin de del Segunda Guerra Mundial. En Europa prevalece una cultura política que prioriza la integración económica sobre los valores de la democracia, por ello, la Unión Europea es cada vez más un mercado y sufre grandes déficits democráticos y sociales.

Con la integración europea, lo que se pretendía era que los países de la Unión Europea que estaban a favor de pertenecer a una moneda única tuvieran que cumplir obligatoriamente un conjunto de requisitos. Los criterios para la consecución de la moneda única, conocidos como Tratado de Maastrich, fueron aprobados en esta ciudad holandesa en 1992. La convergencia no fue fácil de lograr, pues ningún país cumplía los requisitos cuando fueron establecidos, y ello supuso un esfuerzo económico indudable para conseguir su cumplimiento. La Unión Europea estaba limitada por las políticas restrictivas puestas en marcha, y no por otros factores a los que se aludía insistentemente, como la rigidez de los mercados o el costoso Estado del bienestar. Los economistas ortodoxos en el poder preconizaban una mayor flexibilización económica, una creciente desregularización, la privatización de empresas y servicios públicos. En suma, se estaba dando prioridad a la estabilidad de precios frente al crecimiento, la generación de empleo, y la mejora en la distribución de la renta, al tiempo que se lanzaban una batería de ataques contra el Estado del bienestar.

Todo el edificio social que se había construido empezó a agrietarse en el momento en que se concedió prioridad a la creación de un mercado único y a una moneda única, con la aplicación de las políticas monetaristas y fiscales restrictivas y que se consideraban necesarias para conseguir dichos objetivos. Conseguida la moneda única, se firmó el Pacto de Estabilidad por el que los países miembros de la zona euro se comprometían a seguir cumpliendo los objetivos de un déficit público bajo y la contención de la inflación. Tanto los criterios de Maastrich como el Pacto de Estabilidad fueron eslabones fundamentales en la consolidación de las finanzas como hegemónicas en esta fase del capitalismo.

Lo intentos posteriores de avanzar en el modelo social se debilitan y dificultan paso a paso. Así aunque es cierto que el Tratado de Amsterdan de 1997 incluye por primera vez cuestiones de derecho social dentro del Derecho Comunitario. Y también es cierta la idea de incluir una “Carta de derechos fundamentales” como contenido de los Tratados de la Unión Europea, comenzó a gestarse en el Consejo Europeo de Colonia de 1999, y en el Consejo Europeo de Niza del año 2000 se proclama la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. En junio de 2004 se aprueba en Bruselas el proyecto de Tratado Constitucional, y se firma en Roma el 29 de octubre de 2004, que incluye en su

parte III la Carta de derechos fundamentales, donde el núcleo de los derechos sociales se encuentra en el capítulo IV bajo el epígrafe de "Solidaridad". Sin embargo, con las modificaciones del Tratado de Lisboa de 2007, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se deja fuera del texto del articulado a la Carta de derechos fundamentales.

La crisis financiera de 2007 descubre algunos fallos del liberalismo económico, que tienen efectos lesivos, fraudulentos y engañosos para la ciudadanía. Por un lado, las finanzas son un instrumento para que las familias y los hogares puedan adquirir determinados bienes y servicios, pero tiene la otra cara: el endeudamiento al que obliga muchas veces esa carrera desenfrenada de consumo en que el sistema nos envuelve y cuya utilidad es manifiesta para que pueda seguir funcionando. Otro de los grandes fallos o fraudes del liberalismo consisten en que las finanzas desreguladas llevan a cabo operaciones de ingeniería financiera, innovaciones y huida hacia los paraísos fiscales, que son ilegales, con el fin de obtener sustanciosas ganancias. La acumulación financiera ha sido muy grande y ha dado lugar a grandes procesos especulativos con la finalidad de obtener mayores ganancias, haciendo al sistema inestable y vulnerable (Berzosa, 2011; Sampedro & Berzosa, 2012).

Aunque no se ven salidas inmediatas a la crisis, lo que sí se observa con claridad es que los costes sociales de la crisis resultan muy elevados, y que el conflicto se está resolviendo desde hace tres décadas a favor del capital financiero. En España este hecho adquiere una gravedad sin precedentes, sobre todo desde 2010, con la liberalización del funcionamiento del mercado, la protección del modelo financiero y el desmantelamiento del Estado social por la vía de los recortes sociales, y el adelgazamiento del Estado.

Los gobiernos justifican como salida de la crisis las políticas económicas neoliberales, que se imponen sobre las políticas keynesianas. Las recetas ya son conocidas, políticas de ajuste: recortes en el Estado del bienestar, bajadas de salarios, abaratamiento del despido, reducción de la prestación por desempleo, pérdida de capacidad de negociación de los trabajadores, reducción de las pensiones, y menos créditos. De este modo, la política económica se basa en los mismos principios que han originado esta duradera y profunda crisis, y que además, se está tratando de resolver sobre las clases sociales más vulnerables.

Con la crisis de las finanzas capitalistas estamos asistiendo a la despedida del Estado del bienestar, uno de los mayores logros alcanzados por el sistema capitalista. De tal modo que se sacrifica el modelo social para salvar un modelo económico que resulta incapaz para solucionar los nuevos conflictos sociales y ambientales que padecen nuestras sociedades. En la actualidad, el Estado ha perdido su poder en la determinación de las políticas económicas, y el conflicto entre el principio social y el principio de mercado se está resolviendo a favor de este último.

Ahora bien, el modelo social que ha logrado el desarrollo de la democracia no se puede retrotraer ahora, por imperativo económico, a un momento histórico neoliberal incapaz de satisfacer las necesidades más básicas de los seres humanos, como atención sanitaria, educación, vivienda, alimentación, servicios sociales, empleo, o calidad del aire que respiramos. El Estado no puede quedar reducido a garantizar el libre funcionamiento del mercado y a mantener el orden público, como pretende el ante proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, conocida como Ley Mordaza por su propósito de acallar y atar corto a la ciudadanía española, porque con ello lo que se está creando es una sociedad más injusta y, por tanto, más insegura, en términos económicos, sociales y políticos. Tampoco el Estado puede evolucionar hacia un Estado Penal, en el sentido de criminalizar la pobreza, limitar las libertades y castigar a los pobres (L. Wacquant, 2010).

Desde los presupuestos actuales científicos, culturales y éticos, la perspectiva adecuada para la defensa de los derechos que corresponde a los ciudadanos de las democracias del siglo XXI ha de ser la pespectiva socio-ecológica. Y en este sentido, el Estado tiene que estar lo suficientemente sólido en su estructura social para garantizar a sus ciudadanos el disfrute de los derechos sociales y de los derechos ecológicos.

3. LA HEGEMONÍA DEL CAPITALISMO FINANCIERO Y EL DETERIORO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y DE LOS DERECHOS ECOLÓGICOS

El modelo de capitalismo triunfante es un modelo de crecimiento basado en una creciente desigualdad entre ricos y pobres, que genera miseria, degrada el medio ambiente y potencia el cambio climático. Este sistema ha demostrado que es incapaz de transformarse en una sociedad más justa en rentas, riqueza, derechos, oportunidades y género. De tal modo que la democracia actual está sirviendo como marco jurídico-político para favorecer a un modelo de desarrollo que se manifiesta insuficiente para abordar los grandes desafíos de nuestras sociedades, lo que pone en cuestión la legitimidad del proyecto democrático.

Los límites del capitalismo se muestran tanto en los daños sociales y ecológicos que está ocasionando y su difícil reparación, como en las evidentes limitaciones sociales y ecológicas que el propio sistema encuentra para crecer indefinidamente. Y estos límites del capitalismo se traducen en los límites de la democracia occidental, que queda incapacitada para avanzar como proyecto político. La corrupción es otro de los grandes peligros que amenazan a la democracia actual, porque además de que es un delito grave, conducen a un gobierno ineficaz. Lo que se encuentra detrás de la corrupción es una forma de gobernar que ha permitido, además de la falta de control interna, que esto sucediera. La complicidad con el sector inmobiliario y el aprovechamiento de la burbuja ha contribuido a que estemos ante un modelo político y económico corroído por comportamientos inmorales.

Estos peligros que amenazan a la democracia la han hecho tambalearse desde los cimientos, cuestionando su legitimidad actual. Y en este sentido cabría plantear el significado jurídico-político de la democracia social, donde los derechos sociales deberían contar con la máxima garantía política para su realización y con la máxima garantía jurídica para su protección. No existe razón jurídica suficiente que justifique un tratamiento jurídico diferente entre los derechos individuales civiles y políticos y los derechos sociales, como señala M.J. Añón (Añón, 2010): “no existen razones dogmáticas o teóricas de peso que justifiquen su configuración, integración, interpretación y protección diferenciada respecto de otros derechos, con los que comparten elementos teóricos y estructurales”.

Se trata de la insistente cuestión de la doctrina iusfilosófica y constitucionalista: ¿Por qué en los Estados sociales de Derecho los derechos sociales no gozan de la misma protección jurídica que los derechos y libertades individuales?. La respuesta la podemos encontrar en la necesaria transformación política y económica que supone el reconocimiento jurídico de los derechos sociales como derechos exigibles, esto es, como derechos subjetivos defendibles judicialmente. En este sentido, señala Pérez Luño:“La posibilidad de hacer efectivo el disfrute de las libertades personales a escala universal no guarda parangón con los medios para hacer real y efectivo el disfrute de los derechos sociales. Sería precisa una profunda transformación de las estructuras socioeconómicas a escala internacional para que los derechos sociales pudieran contar con los pertinentes instrumentos de garantía. Es más, no sólo su realización en los países del

Tercer Mundo resulta hoy inviable, sino que incluso en las democracias occidentales la plena garantía de los derechos sociales es más que problemática" (Pérez Luño, 2000).

La necesaria transformación socio-económica para la realización del Estado social, esto es, para la viabilidad de los derechos sociales y ecológicos, está pendiente aún en nuestro país. La transición española para desmontar la dictadura franquista y enfrentar la crisis de la economía fue una transición política sin transición económica. El plan de nacionalizaciones se quedó sin hacer, no sólo no se llevó a cabo, sino que se hizo lo contrario, privatizar. Sería conveniente, por tanto, orientar el cambio político hacia una segunda transición a la democracia, a una democracia más social y participativa, con una economía más responsable y solidaria.

En la democracia social es muy importante la relevancia jurídico-política del concepto de necesidades básicas y de bienestar social. En el modelo social, el concepto de bienestar está muy vinculado al concepto de necesidades básicas y al respeto del principio de igualdad, y su realización incluye por parte del Estado deberes, tanto positivos como negativos. Sin embargo, los neoconservadores tienden a introducir en el concepto del bienestar otra serie de valores de las personas mucho más desigualitarios como *coto vedado* en los que el Estado no puede entrar.

Hoy estamos asistiendo a una nueva fase en el desarrollo capitalista que se caracteriza como globalización neoliberal, una gran oleada conservadora que pretende eliminar del terreno de juego los bienes públicos y comunes, la intervención pública y la política social, todo en aras del reino libre del mercado. Se vive un gran retroceso en los derechos de la ciudadanía, en el sistema democrático, en los valores y comportamientos éticos, en la solidaridad y en la igualdad. Lo que está sucediendo realmente es que esta globalización supone el triunfo del mercado a escala planetaria sin que haya ningún poder nacional ni mundial capaz de hacer frente con relativo éxito a los fallos del mercado y los daños que se infligen a las economías reales.

La alternativa a esta globalización neoliberal es la globalización de los derechos humanos, la cual nos muestra que el avance económico y tecnológico puede ser un factor de progreso, pero tiene que estar supeditado a un desarrollo que tenga en cuenta a la humanidad, el medio ambiente, los valores culturales y las tradiciones de los pueblos. En este sentido, el *Informe sobre Desarrollo Humano* del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUNA) sirven para concienciar sobre la necesidad de integrar las preocupaciones sociales y ecológicas en la política económica.

4. LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS DERECHOS ECOLÓGICOS COMO EXIGENCIAS CIUDADANAS DE LA JUSTICIA. LA REACCIÓN SOCIAL Y LOS MOVIMIENTOS SOCIALES

De un lado, desde las exigencias de la justicia material, la lógica de la economía capitalista no procura al conjunto de la población mundial derechos, prosperidad, y reparto. Y esta es la razón que deslegitima al sistema capitalista y a la democracia que lo posibilita. Y a su vez, esta es la razón que da fuerza legitimadora a las propuestas alternativas y a la acción de los movimientos sociales actuales.

De otro lado, desde los presupuestos de la justicia procedimental, basada en el diálogo intersubjetivo y el consenso abierto y revisable, gran parte de los repartos que se realizan bajo el dominio de la economía capitalista no se realizan a través del consenso, esto es, del acuerdo de todas las personas directamente interesadas, sino que lo realizan los poderosos grupos de la economía financiera. El reparto llevado a cabo por

los poderosos es un reparto autoritario, ya que su poder repercute sobre la voluntad de modo no racional, sino mediante coacción. Como señala W. Goldschmidt: "El reparto llevado a efecto por repartidores poderosos se denomina *reparto autoritario*. Se advierte que los partidarios de la tesis de que el Derecho posee esencialmente carácter coactivo sólo tienen presente el reparto autoritario. Por *vis compulsiva* no se debe pensar sólo en la amenaza con *vis absoluta*, sino en cualquier despliegue de poder que repercute en la voluntad de modo no racional" (Goldschimidt, 1958).

En efecto, el sistema capitalista procura la sumisión formal a través de numerosos mecanismos, principalmente financieros y jurídicos. Financieros, como la importancia creciente del capital financiero, la especulación, los paraísos fiscales, los mecanismos de fijación de precios, las exigencias de retribución de los capitales a corto y medio plazo, las políticas monetarias, la deuda externa, el rol preponderante de los organismos financieros internacionales y los condicionamientos para acceder a los créditos por imposición de los programas de ajuste. Y, Jurídicos, como las normas jurídicas que privatizan los bienes comunes, refuerzan la ley del valor y del mercado, dejan sin contenido los derechos básicos de los ciudadanos, y eliminan los servicios públicos. Tales normas se imponen a nivel estatal, mediante la demolición del Estado del Bienestar, y a nivel internacional, sobre todo a través de la Comisión Europea, el FMI, el Banco Mundial y la OMC, que son los responsables de un nuevo orden jurídico internacional al servicio del capital.

En tal contexto, la conciencia social manifiesta la necesidad de liberar lo humano del dictado de la economía, para lograr el reparto de los recursos y la riqueza del planeta entre la población mundial, con arreglo a los principios y las normas de la Justicia distributiva. Y desde esta nueva conciencia social surgen los movimientos sociales con los que se abre el siglo XXI: los movimientos altermundialistas de Seattle en 1999, Praga, Génova o Barcelona, La revuelta en el mundo árabe de 2010, el movimiento de los indignados en Europa, el movimiento del 15M de 2011 (*Spanish Revolution*), las Asambleas de Barrio y las Plataformas Ciudadanas, el Movimiento de las Mareas Ciudadanas, o la Marcha por la dignidad en España. Estos movimientos surgen porque la ciudadanía toma conciencia del deterioro de la democracia, y se moviliza a favor del cambio, tratando de lograr la unidad necesaria para enfrentarse al poder político y remover el actual sistema hacia un modelo más racional, justo, y eficiente.

La dignidad es, precisamente, la condición ética en la búsqueda de alternativas y la que muestra la necesidad de rebasar el capitalismo. En este sentido, un buen ejemplo de conciencia ciudadana, solidaridad y fuerza social ha sido la Marcha por la dignidad que entró en Madrid el pasado 22 de Marzo, marchas procedentes de toda España, como manifestación de la unión de los movimientos sociales que se han venido desarrollando en nuestro país. Esta muestra de la acumulación de fuerzas sociales choca frente a la falsedad del mensaje del gobierno. El éxito de estas marchas pacíficas por la dignidad y la gran acogida popular que tuvieron a su entrada a Madrid, contrasta de manera vergonzante con los oídos sordos de los grandes medios de comunicación de nuestro país y la manipulación de que han sido objeto, tratando de presentarla como actos de violencia ciudadana, ocultando que fue una gigantesca manifestación de solidaridad y movilización popular, como la calificó *Le Monde*.

La propuesta de deslegitimación del capitalismo, además de partir de un fundamento moral, se apoya en la incapacidad del capitalismo para responder a las exigencias mínimas de la economía, que debe estar vinculada al desarrollo social y ecológico. Desde la perspectiva postcapitalista el sistema económico debe ser entendido como un orden social que debe garantizar la seguridad material de todos los individuos y de todos

los pueblos. Como señala F. Houtart (Hourtart, 2007): "Karl Polanyi lo comprendió bien cuando explicaba que el capitalismo había separado la economía de la sociedad y había hecho de ella un fin *en sí mismo*. Es necesario agregar que el capitalismo tiende a imponer sus leyes al conjunto de las actividades colectivas de la humanidad. El proyecto a largo plazo es el de reinsertar la economía en la sociedad, y, por esta razón, el propio autor no duda en proclamar la superioridad moral del socialismo sobre el capitalismo".

En este sentido, las nuevas propuestas para avanzar hacia un mundo social y ecológicamente sostenible, tratan de establecer otra economía crítica con la economía convencional. De un lado, la corriente neokeynesianista preconiza la aceptación de la lógica del mercado como motor de la economía, pero a condición de regular el sistema, de limitar sus efectos perversos y de impedir que desemboque en abusos. Esta corriente no cuestiona la lógica del capitalismo, pero tratan de remediar sus abusos y excesos. De otro lado, la corriente postcapitalista, que va más allá y sí cuestiona la lógica del capitalismo, esto es, pone en tela de juicio la economía de mercado centrada sobre ella misma y que se traduce en acumulación. Y en este sentido entiende la economía como una actividad que permita asegurar las bases materiales del bienestar físico y cultural del conjunto de los seres humanos.

Al hablar de otro modelo de desarrollo y de soluciones favorables a la humanidad y al ecosistema en su conjunto, hay que replantear el modelo energético que sustenta al sistema económico capitalista. Lo que sabemos, es que el modelo energético que sustenta al sistema capitalista desde la era industrial, está basado en el uso de las energías fósiles, y que durante este tiempo y sobre todo en el siglo XX, los seres humanos han quemado enormes cantidades de energía en forma de carbón, petróleo y gas natural, y que el calentamiento global constituye el pasivo del balance. Según los tres últimos informe del Panel Intergubernamental del Cambio Climático (IPCC), los efectos del cambio climático se acercan al punto de no retorno y, pese a todos los intentos de mitigar el calentamiento global, las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero aumentan a un ritmo cada vez mayor. Los científicos tienen cada vez más claro que el hombre es el principal actor del cambio climático, y que tenemos que despedirnos del sistema económico actual. Con esta rotundidad ha sido presentado en Berlin el pasado 12 de abril el último informe del Grupo de trabajo III del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático, cuyo documento, junto a los dos informe anteriores publicados por el IPCC, servirán como base de trabajo para las negociaciones de protocolo de Kioto y el nuevo pacto de 2015.

Necesitamos otro orden económico basado en otro modelo energético, pero también son necesarias las acciones sociales, políticas y jurídicas, para poner en marcha las nuevas alternativas. Y más aún, necesitamos la amplitud que nos da el conocimiento, y en este sentido el cambio tiene su raíz en una nueva conciencia que despierta de la ecología, como afirmae J.L.Sampedro: "El mero hecho de que exista una actitud ecológica (aunque no sea la más difundida y seamos minoría) supone que el capitalismo no ha podido evitar la destrucción que está llevando a cabo. El capitalismo ha llegado a destruir de tal modo que personas no expertas se dan plenamente cuenta de ello. Porque la actitud ecológica es antigua pero era muy minoritaria. La difusión es actual y por eso la ecología empieza a ser subversiva" (Sampedro, 2009).

BIBLIOGRAFÍA:

Añón, M. J. (2010). Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad. *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, (44), 8.

Baylos, A. (2012). El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario. *Revista de Derecho Social*, (57), 11.

Berzosa, C. (2011). *La crisis de las finanzas capitalistas*. Madrid: Fundación Primero de Mayo.

Casilda Béjar, R., & Tortosa, J. M. (1996). *Pros y contras del Estado del Bienestar*. Madrid: Tecnos. Fernández García, T., & Garcés Ferrer, J. (1999). *Crítica y futuro del Estado del bienestar: reflexiones desde la izquierda*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Goldschimidt, W. (1958). *La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)*. Madrid: Aguilar.

Gouch, I. (1982). *Economía Política del Estado del bienestar*. Madrid: H. Blume editores.

Naredo, J.M. *Las raíceses económicas del deterioro social y ecológico*. Siglo XXI, Madrid, 2010.

Habermas, J. (1988). La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas. In *Ensayos políticos* (pp. 113–116). Barcelona: Península.

Heller, A. (1980). *Por una filosofía radical*. Barcelona: El Viejo Topo.

Hourtart, F. (2007). *Deslegitimar el capitalismo. Reconstruir la esperanza*. Caracas: Fundación Editorial el perro y la rana.

Mishra, R. (1992). *El Estado de Bienestar en crisis*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Pérez Luño, A. E. (2000). La universalidad de los derechos humanos. In *Diccionario crítico de derechos humanos* (p. 33). Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.

Pérez Luño, A. E. (2005). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (9ª ed.). Madrid: Tecnos.

Pfaller, A., Gouch, I., & Therborn, G. (1993). *Competitividad económica y Estado de bienestar*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Riechmann, J. (2012). *El socialismo puede llegar sólo en bicicleta*. Barcelona: La Catarata.

Sampedro, J. L. (2009). *Economía Humanista. Algo más que cifras*. Madrid: Debate.

Sampedro, J. L., & Berzosa, C. (2012). *La inflación(al alcance de los ministros)*. Barcelona: Debate.

Wacquant, L. (2010). *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.

LA DENOMINADA "DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE" EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Eduardo CALVO ROJAS

I

El Consejo de Ministros del pasado 4 de abril de 2014 aprobó el *Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, con el que se aborda una revisión integral y en profundidad de la anterior Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que en sus menos de treinta años de vigencia ha tenido alrededor de cuarenta modificaciones.

Del articulado del anteproyecto forma parte un Libro IV, relativo al Consejo General del Poder Judicial, que incorpora, con escasas modificaciones, la estructura y organización del Consejo que introdujo la reciente Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio. Por tanto, en ese punto no hay sorpresas. Sí las hay, en cambio, y de grueso calibre, en otros apartados del anteproyecto, pero aquí me centraré en uno sólo de ellos: la regulación que se propone de la "doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo" (artículos 31 al 40 del anteproyecto). Queda para otra ocasión el examen de otro punto de la reforma, la modificación del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo (disposición final cuarta del anteproyecto), que merece un comentario específico.

II

El artículo 31.1 del anteproyecto se refiere al alcance general de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en unos términos respetuosos con el cometido que tradicionalmente se ha asignado entre nosotros a la jurisprudencia, esto es, el de complementar 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 (artículo 1.6 del Código Civil). El notición llega en el apartado 2 del mismo artículo 31 del anteproyecto, donde se nos anuncia que *determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo tendrá carácter de doctrina jurisprudencial vinculante conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente*.

A continuación, el artículo 32.1 completa ese sorprendente titular explicando que en los casos en que la jurisprudencia experimente esa singular elevación de rango, la doctrina jurisprudencial vinculante será de obligada aplicación para todos los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional; y que también los poderes públicos están obligados a observarla, si bien éstos "… podrán rechazar motivadamente su aplicabilidad al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión".

Parece que con ello se pretende consagrar una dualidad que, ya de entrada, parece rara: de un lado, la jurisprudencia de toda la vida, de otro, la doctrina jurisprudencial vinculante; cada una producida u obtenida por cauces distintos y con un valor diferente, aunque esto último, según veremos, no queda del todo claro.

Mientras que la jurisprudencia seguirá siendo la doctrina que establezca el Tribunal Supremo de forma reiterada —dos o más sentencias— al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (artículo 31.1 del anteproyecto), será doctrina jurisprudencial vinculante la que se califique como tal en la reunión que trimestralmente habrá de celebrar el Pleno de cada una de las Salas del Tribunal Supremo, donde se fijará su contenido exacto *"…citando entrecomilladamente la parte del fundamento jurídico de la sentencia que constituya la doctrina jurisprudencial"*; y si la cita literal de un apartado concreto de la fundamentación de la sentencia escogida no fuera suficientemente expresiva, la Sala (el Pleno) *formulará su contenido exacto* (artículo 32.2). También tendrá el rango de doctrina jurisprudencial vinculante, aunque no en todos los casos, la que resulte de la también novedosa "cuestión jurisprudencial previa" que se regula en los artículos 33 a 38 del anteproyecto.

En los apartados siguientes veremos que la regulación propuesta es criticable en cualquiera de sus aspectos: en cuanto pretende instaurar la coexistencia de dos clases o categorías de jurisprudencia; en lo relativo al procedimiento ideado para la fijación de la doctrina jurisprudencial vinculante; o, en fin, por el distinto vigor con que parece dibujarse la vinculación de los jueces y tribunales, de un lado, y de los poderes públicos, de otro, a esa doctrina jurisprudencial de nuevo cuño. Pero, sobre todo, más allá de las fundadas razones que hay para discrepar de cada uno de esas facetas de la regulación, lo que resulta difícilmente asumible por razones de principio, y por ser extraña a nuestra cultura jurídica, es la propia idea de atribuir a la jurisprudencia carácter vinculante.

Veamos separadamente los distintos puntos a que acabo de aludir.

III

Como se ha dicho, causa cuando menos extrañeza la posibilidad misma de que coexistan dos categorías de jurisprudencia. Pero, aparte de resultar exótica, es previsible que esa dualidad resulte disfuncional y produzca como inevitable efecto colateral el de que la jurisprudencia que llamaremos ordinaria quede devaluada.

Desde la perspectiva de la independencia del poder judicial, la noción de una jurisprudencia vinculante suscita fundadas suspicacias, cuando no enérgico rechazo. Hay por ello quien, como de Otto, ha intentado ofrecer una versión dulcificada de aquélla señalando que afirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia no conlleva mantener que la infracción de ese deber por el juez determine la imposición a éste de una sanción, pues el ordenamiento jurídico ha limitado la sanción a la revocación de la sentencia[1]. Este planteamiento quedaría ahora corroborado por el hecho de que en el régimen sancionador previsto en el anteproyecto que estamos comendando no aparece tipificada una infracción por haberse apartado el juez de la jurisprudencia vinculante. Sin embargo, aquella explicación atenuada del carácter vinculante no es satisfactoria, pues, como responde Desdentado Bonete, "si el juez estuviese vinculado por la jurisprudencia y, de forma consciente y manifiesta, fallase contra ella, no se produciría tal limitación y el juez estaría incurriendo en una responsabilidad por error judicial o, incluso, en una prevaricación" [2].

---

1 De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, 1988, páginas 296-302.

2 Desdentado Bonete, A., *Problemas de la Jurisprudencia en el orden social: vinculación, cambio, conflictos jurisdiccionales y relaciones con la Ley,* dentro del volumen ya citado sobre "La fuerza vinculante de la jurisprudencia", dentro del volumen dedicado a "La fuerza vinculante de la jurisprudencia", nº 34 de la colección Estudios de Derecho Judicial, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001, páginas 411-441 (véase, en particular, la nota 20 en página 421).

Por otra parte, si se aceptase la versión blanda o *light* de la jurisprudencia vinculante, esto es, que su vulneración no acarrea otra consecuencia sino la revocación de la sentencia que la infrinja, el resultado sería el mismo que se produce en la actualidad, pues en la legislación procesal vigente la vulneración de la jurisprudencia puede ser aducida como motivo de casación y dar lugar, por tanto, a que la sentencia recurrida sea anulada. Entonces, ¿de qué sirve atribuir a la jurisprudencial el marchamo formal de "vinculante" si sus efectos van a seguir siendo los de siempre?. Más aún, si la denominada doctrina jurisprudencial vinculante va a tener como único efecto el de que la sentencia que no la respete pueda ser anulada, cuál es la diferencia con la jurisprudencia común. ¿Acaso va a quedar esta devaluada o relegada, aunque sólo sea para la nueva figura quede debidamente resaltada y justificar así el invento?. En fin, no abundaré más en esta línea de razonamiento, que empieza a parecer un ejercicio de retórica de aquéllos que Juan de Mairena encomendaba a sus alumnos.

IV

También hay razones para cuestionar los cauces ideados para generar esa doctrina jurisprudencial vinculante.

En primer lugar, la tarea que el artículo 32.2 del anteproyecto encomienda al Pleno de cada una de las Salas del Tribunal Supremo, consistente en acotar —"citando entrecomilladamente"— la parte del fundamento jurídico de la sentencia que constituya la doctrina jurisprudencial, es cualquier cosa menos ejercicio de la función jurisdiccional. Menos aún habrá verdadera función jurisdiccional cuando, por no considerarse suficientemente expresiva la fundamentación de la sentencia escogida, sea el propio Pleno de la Sala el que reformule su contenido al solo efecto de crear doctrina jurisprudencial vinculante. Claramente se advierte que la labor así descrita es de pura creación normativa, donde el Pleno de la Sala opera al margen de cualquier litigio y con la sola finalidad de generar doctrina vinculante[3]. Algo de eso han debido intuir los autores del anteproyecto, pues para la adopción del acuerdo que fije doctrina jurisprudencial vinculante se exige una mayoría muy reforzada ("al menos tres cuartas partes del número total de jueces que integran legalmente el Pleno de la Sala"), muy distinta a la "mayoría absoluta de votos", que es la requerida para la decisión del fallo en cualquier órgano jurisdiccional colegiado.

En fin, no se explica fácilmente que antes de atribuir carácter vinculante a la doctrina jurisprudencial el Pleno de la Sala deba oír "a la Administración o Administraciones públicas que hubieran sido parte en el procedimiento" (artículo 32.2 del anteproyecto). Puesto que no se desarrolla aquí —ya ha quedado dicho— una función propiamente jurisdiccional, no tiene demasiado sentido invocar los principios de contradicción y de igualdad de partes en el proceso; pero, aun así, resulta difícilmente explicable este trámite de audiencia conferido a sólo uno de los que intervinieron en el litigio, con exclusión de los demás.

---

3 Podrá decirse, en parte con razón, que algo parecido sucede en la legislación vigente con el denominado recurso de casación en interés de la ley, donde la sentencia que se dicte puede fijar "doctrina legal" pero debe de respetar, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida (artículos 493 LEC y 100.7 LJCA). Pero, aun admitiendo que en esta peculiar modalidad de recurso de casación la labor que desarrolla el Tribunal Supremo tiene una clara vertiente de creación normativa, más allá de lo estrictamente jurisdiccional, al menos existe una sentencia recurrida que opera como obligada referencia para el examen la cuestión controvertida, y, al mismo tiempo, como límite para el pronunciamiento final, aunque que no podrá alterar la situación jurídica individual derivada de aquélla. Nada de eso existe en las reuniones del Pleno de la Sala que se regulan en el artículo 32.2 del anteproyecto, pues allí se opera en abstracto, sin referencia a ningún litigio en concreto, y con el único propósito de crear doctrina jurisprudencial vinculante.

La segunda vía para la creación de doctrina jurisprudencial vinculante es la "cuestión jurisprudencial previa" que se regula en los artículos 33 a 38 del anteproyecto[4], si bien no en todos los casos el planteamiento de la cuestión dará lugar a que se genere aquella clase de doctrina vinculante.

Según el artículo 33 del anteproyecto los jueces y los tribunales colegiados podrán plantear cuestión jurisprudencial previa en tres supuestos: cuando consideren que la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al caso y que sea determinante del fallo contradice la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales; cuando entiendan que la jurisprudencia aplicable resulta contradictoria con otros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la misma materia; o, en fin, cuando consideren que la jurisprudencia aplicable al caso puede producir, con efectos generales, situaciones de injusticia manifiesta por la desproporción de las consecuencias en su aplicación. Para todos los casos de planteamiento de cuestión jurisprudencial la tramitación prevista es la misma[5] y en todos ellos la resolución se atribuye al Pleno de la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional correspondiente, aunque la sentencia que resuelva la cuestión no siempre tendrá el mismo valor: en los dos primeros supuestos (contradicción de la jurisprudencia con la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales o con otros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la misma materia) el criterio expresado por el Pleno de la Sala del Tribunal Supremo al resolver la cuestión pasará a formar parte de la doctrina jurisprudencial vinculante; en el tercero de los supuestos (riesgo de injusticia manifiesta por la desproporción de las consecuencias de la aplicación de la jurisprudencia existente), el criterio adoptado en la sentencia que resuelva la cuestión tendrá carácter vinculante cuando así se haga constar expresamente en ella.

La Exposición de Motivos del anteproyecto presenta esta figura de la cuestión jurisprudencial previa como *una vía de diálogo entre los jueces integrantes de los Tribunales inferiores y el Tribunal Supremo*; y vaticina que su puesta en marcha *abundará en una mayor seguridad jurídica para el ciudadano y en una inevitable reducción de la litigiosidad*. Pues bien, parece cuando menos aventurado calificar de "inevitable" la reducción de la litigiosidad que se anuncia; y, en todo caso, hay razones para cuestionar esta novedad que introduce el anteproyecto.

La instauración de un cauce de diálogo entre tribunales —de lo que son buena muestra las cuestiones de inconstitucionalidad que los jueces y tribunales plantean ante el Tribunal Constitucional y las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea— está justificada y cobra sentido como vía de comunicación entre tribunales que tienen distinta naturaleza y que no mantienen entre sí una relación jerárquica ni funcional por la vía ordinaria de los recursos; pero su implantación me parece artificiosa e innecesaria cuando se trata de la relación entre tribunales ordinarios. El diálogo entre tribunales del mismo orden jurisdiccional se produce por la vía de los recursos; y se trata de una vía de doble sentido, pues así como el Tribunal que conoce en apelación o en

---

4 Aunque antes hemos calificado esta figura de "novedosa", porque lo es, ciertamente, su presencia en un texto pre-legislativo, la idea de una cuestión prejudicial que habrían de plantear los órganos jurisdiccionales españoles al Tribunal Supremo ha sido suscitada en momentos anteriores. Sirva de muestra la "Propuesta de Reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones constitucionales", documento nacido en el seno del propio Tribunal Supremo y que fue publicado junto con el Discurso de Apertura de Tribunales pronunciado por el Presidente del Tribunal Supremo el 15 de septiembre de 2000. De todo ello nos da cuenta el Magistrado Trillo Torres, uno de los autores de aquel documento, en R. Trillo Torres, *Efectos de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, dentro del volumen ya citado sobre "La fuerza vinculante de la jurisprudencia", nº 34 de la colección Estudios de Derecho Judicial, páginas 237-255.

5 Sin entrar aquí en detalles procedimentales, sólo destacaré que el planteamiento de la cuestión determinará la suspensión del procedimiento de instancia hasta que aquélla se inadmita, o, si es admitida a trámite, hasta que se resuelva, atribuyéndose en todo caso a este procedimiento singular carácter preferente y sumario.

casación puede corregir los criterios de la sentencia recurrida, otras veces son las razones contenidas en ésta las que llevan al Tribunal que resuelve el recurso a reconsiderar y modificar sus planteamientos anteriores[6]. Nada permite afirmar que la cuestión jurisprudencial previa vaya a propiciar un diálogo más fluido que el que viene teniendo lugar por la vía de los recursos. Por tanto, esta otra vía prevista en el anteproyecto para fijar la doctrina jurisprudencial vinculante tampoco merece un juicio favorable.

V

No se entiende fácilmente el distinto rasero que emplea el anteproyecto cuando se refiere a la obligatoriedad de la doctrina jurisprudencial vinculante. El texto es enérgico cuando señala que "…será de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional". No lo es tanto, en cambio, cuando se refiere al conjunto de los poderes públicos, pues si bien el anteproyecto indica que también ellos "están obligados a observar la doctrina jurisprudencial vinculante en sus actuaciones", a continuación añade que, habiendo sido invocada por un interesado esa doctrina jurisprudencial vinculante, los poderes públicos "…podrán rechazar motivadamente su aplicabilidad al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión".

En una clamorosa muestra de *deferencia* hacia los poderes públicos, se les permite que rechacen —motivadamente, eso sí— la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial vinculante a un caso concreto; posibilidad que no se ofrece, en cambio, a los jueces y tribunales, a quienes únicamente les está permitido el planteamiento de cuestión prejudicial previa; y ello sólo en los supuestos y por el cauce procedimental a los que ya nos hemos referido.

VI

Como ya dije, más allá de los reproches que pueden hacerse a aspectos concretos de la regulación que comentamos, lo que suscita rechazo es la idea misma de que la jurisprudencia tenga carácter vinculante. Ello al margen de que, como ya ha quedado señalado, el anteproyecto ni siquiera deja precisado el verdadero alcance de ese efecto vinculante respecto del conjunto de jueces y tribunales.

El carácter vinculante de la jurisprudencia ha tenido defensores entre nosotros[7] y algunos han propugnado su expreso reconocimiento legal[8]. Pero es abrumadoramente mayoritaria la posición de quienes, ateniéndose al sistema de fuentes definido en el Título Preliminar del Código Civil, niegan que la jurisprudencia tenga ese carácter pues la norma legal le atribuye únicamente la virtualidad de "complementar el ordenamiento jurídico" (artículo 1.6 del Código Civil). No debe llevar a confusión el hecho de que la jurisprudencia puede tener una indudable incidencia y relevancia práctica, pues como señala de Castro, "no puede confundirse fuente jurídica con influjo de hecho"[9].

---

6 Peces Morate nos ofrece un variado muestrario de ejemplos en los que se constata que la discrepancia de criterio dentro del Tribunal Supremo y entre éste y los jueces y tribunales jerárquicamente inferiores contribuye a la formación y evolución de la jurisprudencia. Peces Morate, J.E., *Valor de la Jurisprudencia*, dentro del volumen ya citado sobre "La fuerza vinculante de la jurisprudencia", nº 34 de la colección Estudios de Derecho Judicial, páginas 15-107 (en particular, el muestrario de ejemplos a que se alude figura en las páginas 77 a 91).

7 Pueden verse los trabajos de Trillo Torres, R. y de Otto, I., que ya han sido citados, y también, aunque con planteamientos no siempre coincidentes, los de López Guerra, L., y Bacigalupo, E., en sendos trabajos publicados en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 442, de 8 de junio de 2000 y nº 447 de 13 de julio de 2000.

8 Baste señalar el documento/informe elaborado por Magistrados del Tribunal Supremo y al que ya nos hemos referido en nota anterior, que fue publicado junto con el Discurso del Presidente del Tribunal Supremo de apertura del año judicial 2000-2001.

9 De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España,* T. 1, página 508, Ed. Cívitas, Madrid, 1984.

En el sistema legal vigente, la conclusión de que la jurisprudencia no es fuente del ordenamiento jurídico tampoco queda desvirtuada por el hecho de que se contemple la posibilidad de aducir como motivo de casación la infracción de la jurisprudencia[10]. Aunque la expresión, sin duda equívoca, parece sugerir que la jurisprudencia tiene un valor normativo propio, la lectura del artículo 1 del Código Civil obliga a recordar el carácter complementario que se le atribuye en la ordenación de fuentes. Lo ha explicado Desdentado Bonete con suficiente claridad: "…la jurisprudencia —mero complemento— no se forma en el vacío, a través de decisiones autónomas, sino aplicando siempre la ley, la costumbre o los principios. Por ello, cuando se casa una sentencia no es porque haya vulnerado la jurisprudencia, que no puede ser infringida al no ser fuente, sino porque se ha vulnerado una norma del ordenamiento jurídico *tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia*"[11].

Aún más equívoca resulta la redacción del artículo 100.7 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, relativo al recurso de casación en interés de la Ley, pues allí se dice que la sentencia que se dicte respetará en todo caso la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y "… cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal"; a lo que añade el precepto que en este caso de fallo estimatorio del recurso "…se publicará en el Boletín Oficial del Estado y a partir de su inserción en él vinculará a todos los jueces y tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional". En similares términos se expresa el artículo 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación el recurso en interés de ley en ese orden jurisdiccional, así como el artículo 101.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con el recurso en interés de ley autonómico, si bien aquí la competencia para resolver viene atribuida a la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia y la publicación del fallo será en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma. La sentencia STC 37/2012, de 19 de marzo, atribuye a las sentencias dictadas en este tipo de recursos un carácter vinculante que no se predica de las dictadas en los recursos de casación que llamaremos ordinarios; pero aun así, el propio Tribunal Constitucional señala que ello no supone una vulneración de la independencia judicial (artículo 117.1 de la Constitución) pues el recurso de casación en interés de ley tiene un marcado carácter excepcional, y, además, los jueces y tribunales "no vienen compelidos sin más remedio y en todo caso a resolver el litigio sometiéndose al contenido del precepto aplicable que resulta de esa interpretación vinculante del Tribunal Supremo", pues siempre les queda la vía del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad (véanse, en particular, los fundamentos jurídicos 3º al 7º de la STC 37/2012)[12].

En todo caso, esa nota discordante y excepcional constituida por los preceptos que regulan el recurso de casación en interés de la ley —que, por lo demás, también han sido objeto de interpretaciones más acordes con el significado que comúnmente se atribuye a la jurisprudencia[13]— no desvirtúa la conclusión de alcance general

---

10 Así se contemplaba en el artículo 1692.4 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada en 1984; y aunque la infracción de jurisprudencia no figura ya como motivo de casación en la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sí figura en cambio —lo que constituye una notable muestra de descoordinación legislativa— en el artículo 88.1.d/ de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

11 Desdentado Bonete, A., obra citada, página 422.

12 Este mismo argumento de que el carácter vinculante de la jurisprudencia no menoscaba la independencia judicial, entre otras razones porque al juez siempre tiene la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, es también utilizado en la Exposición de Motivos del anteproyecto que estamos comentando.

13 Una interpretación distinta sobre el significado que debe atribuirse a la vinculación a que se refieren los citados artículos 100.7 y 101.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido mantenida por Gabaldón López, J., *El efecto vinculante de la doctrina legal en los recurso de casación en interés de la ley*,

de que en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia no es fuente del ordenamiento ni tiene carácter vinculante. Así lo proclama la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que en su capítulo XIV recuerda que en nuestro sistema "el precedente carece de fuerza vinculante"; e insiste en ello el capítulo XV de la misma Exposición de Motivos, donde se vuelve a recordar que "…precisamente en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante".

En ese estado de cosas irrumpe ahora el anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial introduciendo la figura de la "doctrina jurisprudencial vinculante". Frente a esa novedad no vale ya la invocación del sistema de fuentes establecido en el artículo 1 del Código Civil pues, aunque el texto del anteproyecto no lo dice abiertamente, siempre podría sostenerse que la nueva LOPJ —caso de que prosperase la reforma— conlleva una modificación, siquiera implícita, de aquel sistema de fuentes establecido en el Código Civil. Pues bien, suponiendo que así fuese —y es algo que no puede afirmarse con un mínimo de certeza, dado que, según hemos visto, las propias deficiencias técnicas de la propuesta impiden conocer el verdadero alcance del valor vinculante que se quiere atribuir a una parte de la jurisprudencia— quiero dejar manifestada aquí mi abierta discrepancia con esa línea de reforma.

Para explicar y justificar la introducción de la doctrina jurisprudencial vinculante la Exposición de Motivos del anteproyecto invoca, de un lado, la necesidad de certeza y previsibilidad del ordenamiento jurídico y, en definitiva, el principio de seguridad jurídica, y, de otra parte, señala que esta concepción de la jurisprudencia vinculante "dotará de contenido real a la supremacía del Tribunal Supremo en todos los órdenes jurisdiccionales salvo en materia de garantías constitucionales, tal y como proclama el apartado 1 del artículo 123 de la Constitución". Tales razones no me parecen consistentes, como tampoco las que a continuación ofrece la Exposición de Motivos para sostener que, pese a ese carácter vinculante, no resulta vulnerada la independencia judicial.

La atribución de carácter vinculante a la doctrina jurisprudencial equivale a introducir en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico una cuña de distinta madera; y precisamente por ello, lo normal es que el ensamblaje no sea bueno y presente importantes desajustes.

Los autores del anteproyecto aducen que la atribución de carácter vinculante a la doctrina jurisprudencial no vulnera la independencia judicial. Aluden en este punto a la cuestión jurisprudencial previa y a la cuestión de inconstitucionalidad para señalar que, pese a todo, los jueces no quedarán obligados indefectiblemente y en todo caso a aplicar la jurisprudencia si consideran que produce una injusticia manifiesta, contradice la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales o resulta contradictoria. Pues bien, precisamente porque ese de la independencia es un valor constitucional que, felizmente, encontró pronto un fuerte arraigo entre nosotros, no es aventurado pronosticar que la instauración de una jurisprudencia vinculante haría que proliferase el planteamiento de cuestiones jurisprudenciales y de inconstitucionalidad, con el consiguiente entorpecimiento procesal que ello supone y sin que a cambio resultase fortalecido el principio de seguridad jurídica que se esgrime como banderín de enganche de la reforma.

Ningún indicio hay de que el binomio formado por la atribución de carácter vinculante a la jurisprudencia y la posibilidad de que los jueces planteen cuestiones jurispruden-

---

Cuadernos de Derecho Judicial nº II, año 2000, páginas 73-96, Ed. Consejo General del Poder Judicial; y también por Peces Morate, J.E, en la obra de este autor antes ya citada, páginas 99 y100.

ciales previas o de inconstitucionalidad vaya a producir como resultado un robustecimiento de la seguridad jurídica; y tampoco hay razones para pensar que por esa vía se vaya a propiciar un diálogo entre tribunales más fluido y fecundo que el que se produce mediante el sistema ordinario de recursos. Como antes he dejado señalado, tanto la corrección por el Tribunal Supremo de los criterios interpretativos de los demás jueces y tribunales, como, a la inversa, la posibilidad la jurisprudencia evolucione o se corrija por el impulso y estímulo de las sentencias de instancia, son manifestaciones cotidianas en el actual sistema.

En la situación actual lo que se echa de menos no es tanto un fortalecimiento de la supremacía jerárquica del Tribunal Supremo sino la existencia de mecanismos que propicien una jurisprudencia de calidad; y aquí entra en juego otro aspecto de la reforma del que no podemos ocuparnos ahora, el relativo a la ordenación del recurso de casación.

Son afortunadas las palabras de Xiol Rios cuando señala: "(…) La jurisprudencia se concibe de esta manera como conectada con la realidad social no a través de las valoraciones subjetivas de los miembros del Tribunal Supremo, sino a través de un proceso dialéctico en el que se integran todos los órganos judiciales del país y quienes ante ellos han contribuido a la formación de sus criterios. De esta concepción surgen dos ideas capitales. La primera de ellas, la posibilidad de que los órganos inferiores actúen de motores de la jurisprudencia propiciando su evolución a través de la aportación de nuevos elementos valorativos, sin temor a ser acusados de incumplimiento de un deber de acatamiento de las decisiones del Tribunal Supremo basado, en realidad, únicamente en el principio jerárquico. En segundo lugar, la armonización del valor vinculante de la jurisprudencia con el principio de independencia judicial. Difícilmente es compatible con este principio el obligar al juez a atenerse estrictamente al precedente jurisprudencial, prescindiendo de todo nuevo intento de valoración encaminado a logar la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo"[14].

Comparte esas mismas ideas Peces Morate, que nos habla de la jurisprudencia como tarea colectiva[15], y que al final de su trabajo nos ofrece un jugoso epílogo que no me resisto a trascribir: "El respeto y seguimiento de los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo tiene como fundamento la sana razón, de manera que, en principio, sus resoluciones se imponen a los demás jueces y tribunales *non ratione imperi, sed rationis imperio* (así lo ha considerado la casi totalidad de nuestra doctrina y la propia jurisprudencia), y, por consiguiente, éstos podrán separarse de ellas siempre que la justicia del caso lo requiera y se razone de forma lógica y suficiente sin necesidad de plantear previamente sus argumentos ante aquél, pues su función dentro del sistema jurídico es idéntica salvo su diferente posición institucional y procesal, inexistente ésta cuando el alto tribunal actúa en única instancia"[16].

En la actualidad son muchos los que sostienen que la relación entre el juez y la ley se ha alterado radicalmente. Así Rubio Llorente, que en un tono calculadamente provocador afirma que "ya no se puede decir que el juez esté sometido al imperio de la ley, por lo menos no se puede decir atribuyendo a la idea de ley, de juez y de sujeción los mismos valores que se les atribuía, porque no está del mismo modo sujeto a una voluntad que no tiene más que acatar sino que, en cualquier proceso, el primer juicio que el juez ha

14 Xiol Rios, El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional, Revista Poder Judicial 2ª época, nº 3, páginas 32 y 33.

15 Peces Morate, J.E, obra citada, páginas 60 a 70.

16 Id. Obra citada, páginas 106-107.

juez ha de hacer es el juicio a la lay misma"[17]. Y en la misma línea se encuadra Alejando Nieto cuando alude a una nueva concepción del Derecho "que apunta a una traslación del epicentro del mundo jurídico desde las normas generales a las resoluciones judiciales o, si se quiere, desde el Legislador al Juez"[18]. Pues bien, si esto es así en la relación del juez con la ley, poco sentido tiene que se pretenda imponer una vinculación fuerte, de corte típicamente jerárquico, del juez con la jurisprudencia. Esa vinculación fuerte que propugna el anteproyecto —aunque, insistimos, lo hace con perfiles poco nítidos y sin detallar sus consecuencias— va mucho más allá de aquella vinculación "persuasiva" a la que se refiere Blasco Gascó , quien, basándose en los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, así como en razones de prudencia —sólo hay que cambiar cuando sea evidente que el criterio anterior es erróneo y contrario a las normas—, entiende que los órganos judiciales deben seguir la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo pero pueden separarse de ella de manera razonada y motivada.

En fin, como se ha dicho más arriba, la asunción de la doctrina jurisprudencial por los jueces y tribunal no debe sustentarse en la razón de imperio sino en el imperio de las razones. En el ámbito del derecho, que sólo de manera impropia puede ser considerado ciencia, si algo hay claro es que nadie tiene el monopolio de la razón; y aquí, tanto o más que en el cualquier otro campo, tiene pleno sentido aquello que, según contaba el institucionista Giner de los Ríos, le había dicho en una ocasión un pastor soriano: "Todo lo sabemos entre todos".

17 Rubio Llorente, *Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad*, dentro de la obra colectiva titulada "El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa", Ed. Centro de Estudios Judiciales, 1990, páginas 106 a 110.

18 Nieto, A., *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, año 2000, página 16.

LA PROTECCIÓN DE LOS CLIENTES DE BANCA Y LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS*

COMISIÓN DE DERECHO PRIVADO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

I. CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS FINANCIEROS Y DE INVERSIÓN

1. *Sobre las acciones ejercitadas derivadas de la contratación de productos financieros: Nulidad absoluta por vulneración de normas imperativas o relativa por error obstativo o vicio del consentimiento.*

Se constata que cada vez se alega más esta nulidad absoluta, sobre todo en los contratos anteriores a la normativa MiFID, para sortear la excepción de caducidad de la acción. Es claro que la infracción de normas administrativas puede dar lugar a la nulidad de un contrato ex artículo 6.3 CC (SSTS de 25.09.2006, 31.10.2007 y 22.12.2009) y que las normas de la LMV[1] integran imperativamente la actividad precontractual, contractual y postcontractual, por lo que su infracción podría dar lugar a la nulidad del contrato, salvo que la entidad bancaria acredite que la infracción no tuvo incidencia alguna en la formación del consentimiento.

Si el contrato es posterior a la normativa MiFID y no se han firmado los preceptivos test, la nulidad podría ser absoluta. En los contratos pre-MiFID es mucho más complicado aceptar la nulidad radical del negocio, aunque si se evidencia que ha habido asesoramiento y no hay test de idoneidad parece más claro, pudiendo predicarse la misma consecuencia por infracción del Código de Conducta contenido en el Real Decreto 629/1993, de 3 de Mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

La SAP de Barcelona, sección 1ª, de 20.11.2013 repasa todas las SSTS que han analizado la cuestión a la luz de la vulneración de normas imperativas, y concluye que la falta de información ha sido tan relevante que puede declararse la nulidad por una causa o por otra.

Cabe distinguir (ex art. 6.3 CC) si estamos ante un acto o ante una omisión. El acto celebrado, es decir, la contratación del producto financiero, no es contrario a la norma imperativa. Hay una SAP de León y una SAP Barcelona de 20.11.2013 (sección 15ª) que mantienen la tesis de nulidad radical por infracción de normas imperativas, mientras que algunas SSAP Madrid dicen que la infracción de normas imperativas no acarrea por sí la nulidad del negocio.

La carencia de información puede ser de tal calibre que se llegue a establecer que no hay siquiera consentimiento y declarar la nulidad no por error/vicio, sino por ausencia de consentimiento. O incluso por dolo de omisión.

En los casos de contratación sucesiva de un mismo producto por un mismo cliente, siendo unos contratos pre-MiFID y otros post-MiFID, habrá que tener en cuenta la finali-

---

* Conclusiones elaboradas por los grupos de trabajo, en las I Jornadas de la Comisión de Derecho Privado de Jueces para la Democracia, celebradas en Zaragoza, 6 y 7 de marzo de 2014.

1 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

dad de la normativa y si se cumplió correctamente el deber de información y evaluación en los primeros contratos, no pareciendo necesario que se repita en los restantes.

Hay debate sobre todo lo anterior. Y se constata que nos encontramos de nuevo con que el legislador no ha previsto la consecuencia del incumplimiento de las normas imperativas y que los jueces mayoritariamente fallamos por la vía de error/vicio.

Se concluye en general que la infracción de normas imperativas no dará lugar a nulidad absoluta, aunque sí podrá ser causa de anulabilidad por error que suponga vicio del consentimiento.

Por otra parte, se apunta también la posibilidad de apreciación de causa torpe (artículo 1306 CC) que privaría a la entidad bancaria de la recuperación del importe de los cupones abonados al preferentista, aunque se concluye que parece de difícil encaje salvo en supuestos especialmente insidiosos.

2. Sobre la información exigible. Incidencia de "datos macro"

Se analiza la incidencia que tiene la falta de información de la entidad bancaria al cliente sobre rebajas de calificación crediticia, valoración por debajo del nominal en mercados secundarios, valores razonables y valores ficticios, etc., lo que induce al menos a error en la contratación. La STS de 18 de abril de 2013 ha establecido que hay que proporcionar información detallada y que en caso contrario se podrá apreciar vulneración de los deberes contractuales, que permitirá el ejercicio de acción de responsabilidad contractual y/o la acción de resolución del contrato[2].

---

2 STS de 18 de abril de 2013: "Los valores negociables son activos financieros que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, son susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera (cfr. art. 3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre (LA LEY 1600/2005)). Son bienes potencialmente fructíferos cuyo valor reside en los derechos económicos y de otra naturaleza que incorporan. Dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo. La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del art. 79.1.e de la Ley del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988) en la redacción vigente cuando se concertó el contrato (actualmente, de modo más detallado, en el art. 79.bis de dicha ley, que incorpora la Directiva MIFID) así como en la normativa reglamentaria que lo desarrolla (en el momento en que se concertó el contrato entre las partes y se propuso la compra de las participaciones preferentes de Lehman Brothers, art. 16 y anexo sobre código general de conducta del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, art. 9 (LA LEY 1838/1993)de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, y arts. 2 a 4 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999).

Al concertarse el contrato de gestión discrecional de cartera de inversión los demandantes carecían de valores mobiliarios que aportaran para ser gestionados. Fue el banco quien aconsejó la adquisición de determinados valores. Aunque tal conducta no es la típica del contrato de gestión discrecional de carteras, pues se trata de un asesoramiento y no de una actuación por cuenta del mandante, no puede considerarse que se haya producido extramuros del contrato. Es un aspecto complementario de la conducta propia de la empresa de gestión de cartera derivada del contrato al que son aplicables las exigencias derivadas de su normativa reguladora".

(...) "Esta Sala considera que una información como la facilitada por BBVA a los demandantes podría ser suficiente en el caso de otra relación contractual más simple, pero no lo es en el contrato de gestión discrecional de cartera de valores pues no alcanza el estándar de la conducta exigida al profesional con base en la normativa que lo regula y que ha sido expuesta.

En primer lugar, no se suministra una información completa y clara al inversor ni se actúa de buena fe cuando en el contrato existe una contradicción evidente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir. Los demandantes optaron por un perfil de riesgo "muy bajo", que era el más conservador de los cinco posibles. Si la empleada del banco que les atendió marcó a continuación, y tras preguntar a los clientes, en las casillas que posibilitaban invertir en valores de riesgo elevado (pues marcó todas las casillas salvo la residual de "cualesquiera contratos u operaciones…"), es evidente que existe una contradicción no explicada ni resuelta".

3. *Sobre la caducidad de la acción de anulabilidad, prescripción, actos de interrupción, teoría de la actio nata.*

Hay que distinguir si la entidad financiera comercializa sus productos o se limitó a comercializar los productos de un tercero, y, en este supuesto, si asumió la obligación de información post-contractual (típicamente, a través de un contrato de administración y gestión de valores), de forma que la relación se "prolonga" en el tiempo, con una suerte de seguimiento para el buen fin de la operación.

La STS de 11.06.2003 (ponente González Poveda) distingue entre perfección y consumación del contrato, afirmando que son dos hitos distintos y que para la enervación de la posible caducidad de la acción es preciso conseguir calificar previamente el contrato como de tracto sucesivo.

No habrá problema en ello cuando la emisora y la comercializadora son sociedades del mismo grupo, como sucede con las participaciones preferentes de Caja Madrid (hoy, Bankia), que además es garante de la emisión, dándose generalmente el caso de que quien comercializa el producto es a la vez quien lo emite o quien garantiza la emisión.

La AP de Madrid ha establecido en algunas ocasiones que cuando la parte demandada es la entidad que ha comercializado el producto, el contrato sería de tracto único, agotándose ahí la prestación si el Banco se limita a comprar lo que el cliente le dice. Se muestra desacuerdo con esta tesis.

Por otra parte, en ocasiones los Bancos, pudiendo y debiendo hacerlo, no documentan la relación de asesoramiento que ha existido. En defecto de documentación escrita, habremos de presumir que el contrato es de asesoramiento, siendo de la entidad bancaria la carga de la prueba en contrario.

Si se califica el contrato entre las partes como de tracto sucesivo, se considerará como "dies a quo" para el cómputo del plazo de caducidad de la acción no el de perfección del contrato, sino el de su consumación, es decir, al menos el del cese de abono de los rendimientos o intereses del producto, añadiendo como argumento fundamental el de la *actio nata.*

4. *Cuestiones procesales*

La imposición de costas del pleito con declaración de temeridad sólo se contempla cuando la temeridad haya sido procesal.

5. *Valoración de la prueba*

—La inevitable transmisión de la información de unos procedimientos a otros en productos repetidos tipo preferentes o subordinadas: ¿Qué incidencia puede tener lo que sabemos de pleitos anteriores?

Respecto a la posibilidad de utilizar las informaciones sabidas por pleitos anteriores, se estima más fácil articularlo como "máximas de experiencia", adquiridas a lo largo de muchos juicios que como hechos notorios. Este "conocimiento privado del juez", en los términos de Friedrich Stein, no puede ser un medio de prueba, aunque sí se puede utilizar para la valoración de la prueba, por tratarse en definitiva de una incorporación de las reglas de la sana crítica, y es especialmente útil para valorar la credibilidad (o su ausencia) de un testigo repetido en numerosos procedimientos.

Se considera posible también que el juez en la audiencia previa al juicio plantee a las partes algunos hechos notorios, como por ejemplo que hubo campaña activa de la

entidad bancaria para canjear en el año 2009 las participaciones preferentes emitidas en 2004.

—Prueba de reconocimiento de personas *versus* ausencia de interrogatorio.

En cuanto al reconocimiento judicial de personas para que el juez examine por sí mismo a los preferentistas, la posibilidad legal existe con el tenor literal del artículo 353.1 LEC pero se considera muy forzado y vulnerador de la imposibilidad de que una parte proponga como prueba su propio interrogatorio.

Parece además una prueba innecesaria, habida cuenta de que la carga de la prueba de haber desplegado todo el esfuerzo necesario para la información del cliente es del Banco; e incluso, inútil a los fines del proceso, porque sólo permitiría conocer el estado de la persona en el momento de la práctica de la prueba, pero no en la fecha de adquisición de los productos litigiosos.

La conclusión unánime es contraria a la admisión de estas pruebas de reconocimiento judicial.

6. Efectos de la nulidad

—Restitución de cupones o rendimientos: brutos o netos.

Se plantea que la fórmula más eficaz es liquidar las cantidades en la propia sentencia en la medida de lo posible, sobre la base de los principales brutos tanto de la inversión realizada como de los cupones abonados por la entidad bancaria, en ambos casos con sus intereses. Y después, a la cantidad que habrá de abonar el Banco se le aplican los intereses por la mora procesal del artículo 576 LEC.

—Canjes y otras medidas acordadas por el FROB. Transmisión de la titularidad de acciones: problemas de intendencia en la ejecución y gastos.

Hay consenso en que el canje obligatorio ordenado por el FROB (como consecuencia de la imposición del BCE al no considerar las participaciones preferentes como capital propio) es una decisión administrativa para cuyo enjuiciamiento los jueces civiles carecemos de jurisdicción. A partir de ahí, en la mayor parte de las sentencias se resuelve el problema estableciendo que la nulidad declarada se extiende al negocio jurídico de canje por acciones, de acuerdo con la doctrina de la propagación de los efectos de la nulidad a los contratos conexos.

Las SSTS de 22.12.2009 y 17.06.2010 han aplicado ya la propagación de los efectos de la nulidad de un contrato de inversión sobre los actos realizados posteriormente con el fin de minorar las pérdidas. Y a la misma conclusión se llegaría a través del artículo 1.208 del CC, que establece que la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen.

Desde otro punto de vista, si se defiende que se trata de un contrato de comisión mercantil, si no ha habido en verdad tal comisión el contrato es nulo y se tratan las participaciones preferentes como si las hubiera comprado la propia Bankia, que se las queda en el canje como acciones de autocartera.

El fundamento en este caso sería que —conforme a lo establecido en el artículo 247 del Código de Comercio—, anuladas las órdenes de suscripción, las obligaciones y/o derechos que dicha adquisición habrían incorporado, pasan al comisionista, por lo que los títulos, o las acciones por las que las mismas habrían sido después canjeadas por orden del FROB, quedan en poder de la demandada Bankia S.A. por ministerio de la ley.

II. SITUACIÓN ACTUAL DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

1. La falta de inscripción de la hipoteca a favor del ejecutante.

Se plantea una primera cuestión conceptual ya que se defiende que no es tanto un problema de legitimación activa sino de un presupuesto de procedibilidad.

Se está produciendo la falta de inscripción a favor del ejecutante como consecuencia de la fusión de entidades financieras, de modo que la nueva entidad resultante o la entidad absorbente no lleva a cabo la inscripción a su favor antes de presentar la demanda de ejecución.

Se considera de forma unánime que por ser el proceso de ejecución hipotecaria de base registral, debemos ser rigurosos y es necesaria la previa inscripción del derecho de hipoteca a favor de quien ejecuta. Se comparte por lo tanto la postura y argumentación de las Audiencias Provinciales que defienden la necesidad de cumplir con este presupuesto. No obstante se pone de relieve que en el fondo sólo se trata de un mero obstáculo que al fin y al cabo simplemente retrasa la ejecución unas semanas o meses.

2. *El valor de tasación a efectos de subasta*

Otro presupuesto de procedibilidad es la existencia de una tasación a efectos de subasta y que ahora además no podrá ser inferior al 75% de la tasación efectuada conforme a la Ley de regulación del mercado hipotecario. Al encontrarse esta previsión en el artículo 682 de la LEC, se convierte en un requisito de admisión de la demanda pero el problema se plantea si aplicamos tal requisito a los títulos perfeccionados con anterioridad a la ley 1/2013 de forma retroactiva tal y como prevén sus disposiciones transitorias. Según eso, podrían denegarse los despachos de ejecución respecto de préstamos hipotecarios que no cumplen este requisito porque las tasaciones se hicieron antes de la reforma y el valor a efectos de subasta se pactó en la escritura antes de que se exigiese así en la LEC.

De forma unánime se considera que no es posible aplicar la reforma con retroactividad máxima, afectando a escrituras otorgadas antes de la entrada en vigor de la ley 1/2013.

Se hace notar la existencia de una vía intermedia que es admitir el despacho de ejecución pero exigir que el valor a efectos de subasta se adapte a ese 75% en el momento de la subasta[3].

---

3 SAP de Cáceres de 10 de octubre de 2013: "Dicho primer argumento de apelación debe ser rechazado por cuanto la Disposición transitoria primera de la Ley 1/2013 , en lo que se refiere a los Procedimientos en curso, señala que "Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento". Pues bien, la entrada en vigor de la ley se produjo el día de su publicación en el B.O.E., es decir, el día 15 de mayo de 2013 y el presente procedimiento hipotecario se inició por medio de demanda planteada el día 20 de mayo de 2013, por lo que le es de plena aplicación. (...) Pues bien, ciertamente entendemos que la decisión de la juzgadora de la primera instancia es incorrecta, porque el hecho de que el precio fijado para que sirva de tipo en la subasta sea inferior en su caso al dispuesto por la ley, es una cuestión que no debe ser tratada en este momento procesal, sino cuando se fije el tipo para la subasta y mucho menos puede utilizarse para rechazar ad liminelitis la propia incoación del procedimiento hipotecario, pues, en este aspecto, es solo exigible al demandante que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo de subasta, sin que se considere tal cuestión como requisito de admisión de la demanda en el mentado art. 682 de la LEC, ni en los artículos 685 y 686 del mismo texto legal . En todo caso, la cuestión podría ser planteada por otras vías procesales posteriores, en el momento de la fijación del tipo de la subasta e incluso en una eventual oposición de considerar la existencia de abusividad".

3. *El pacto de impago de tres cuotas mensuales.*

Se exige que este pacto conste en la escritura de forma expresa para poder reclamar el capital del préstamo de forma anticipada. Por ello se plantea el mismo problema antes expuesto, es decir, ¿qué sucede con las escrituras otorgadas antes de la reforma y que no cuentan con este pacto y que son objeto de ejecución? Se vuelve a defender de forma unánime que no es posible exigir este presupuesto de forma retroactiva.

4. *Declaraciones de conocimiento*

El artículo 6 de la Ley 1/2013 exige que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, siempre que se trate de un prestatario, persona física y la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;

b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;

c) que se concedan en una o varias divisas.

Se defiende que esta declaración de conocimiento supone una presunción iuris tantum de conocimiento y por lo tanto es desvirtuable mediante prueba en contrario. No obstante se debate y no hay acuerdo sobre la carga de la prueba cuando se niega ese conocimiento. Por un lado hay quien entiende que esa manifestación da lugar a que sea el prestatario el que deba demostrar que no se le informó adecuadamente pero otro sector defiende que la entidad financiera sigue siendo la que ha de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones de información y ello no se cumple con meras declaraciones formales de conocimiento o ciencia, que podrían ser cláusulas nulas por abusivas o, de ser válidas admiten prueba en contrario[4].

5. *La cláusula de vencimiento anticipado*

Se plantea si al igual que se analiza la cláusula de intereses moratorios en abstracto para valorar si es abusiva o no, debe de analizarse la cláusula de vencimiento anticipado en su redacción abstracta y no en su aplicación concreta. Frente a esta idea otros consideran que son cláusulas que operan de diferente forma y que por ello la cláusula de intereses moratorios se puede analizar atendiendo a su redacción contractual mientras que la de vencimiento anticipado ha de valorarse en su aplicación concreta. Además la STJUE de 14 de marzo de 2013 ha marcado unos criterios para la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado que dependen del caso

4 Respecto a su condición de abusivas, establece el art. 89,1 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato, y tal abusividad ha sido contemplada en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16-1-2014, asunto C-226/12. Por otra parte, en lo referente a la prueba en contrario, resulta de gran interés la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Civil, sección 3, del 13 de Noviembre del 2012 (ROJ: SAP IB 2185/2012, recurso: 512/2012| Ponente: Carlos Gómez Martínez).

concreto y de la existencia de mecanismos procesales que permitan eludir sus efectos, y no de la literalidad en abstracto de la cláusula.

Parece que de forma mayoritaria se está de acuerdo con que la posibilidad de enervar la acción hipotecaria impide la consideración de esta cláusula como abusiva en nuestro ordenamiento. No obstante algunos critican que esto no siempre es posible y que hay casos como en los de la segunda residencia o la segunda enervación dentro de tres años, en los que no cabe la enervación. En estos supuestos cabrían dos opciones, sin que se llegue a una posición mayoritaria respecto de una u otra:

—O bien entender que la cláusula es abusiva si hay desproporción entre la cantidad debida, el capital prestado y el plazo de duración del contrato.

—O bien interpretar esas limitaciones de forma acorde a la jurisprudencia del TJUE y por lo tanto permitir la enervación también en esos supuestos.

En cualquier caso hay quien defiende que la posibilidad de enervar la acción hipotecaria no es suficiente sin más para entender que la cláusula no es abusiva.

Por otra parte, se pone de relieve que en los supuestos de ejecución hipotecaria, si se anula esta cláusula, se podrá seguir la ejecución solo por las cuotas efectivamente impagadas (unos pocos miles de euros). Esto puede provocar efectos perversos ya que si finalmente se subasta el inmueble hipotecado y en subasta desierta el ejecutante se queda la vivienda por el 70% o el 60%, habrá un sobrante, ya que se subasta para cubrir esos pocos miles de euros efectivamente impagados, y ese sobrante encima deberá entregarse en efectivo al ejecutado. No parece un resultado deseable ya que el ejecutado además del préstamo que sigue pendiente de devolver, recibe ese sobrante y no cabrá compensación alguna ya que ese préstamo no se ha declarado vencido.

6. *Las consecuencias de declarar abusiva la cláusula de intereses moratorios*

Existe acuerdo en que no es posible aplicar de forma supletoria el interés legal del artículo 1108 del CC cuando se declaran abusivos los intereses moratorios.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el artículo 576 de la LEC, se entiende que no será posible cuando estemos en ejecución de título no judicial ya que no estaríamos ante un supuesto de ejecución de sentencias de condena o resoluciones del secretario judicial, como exige el precepto.

De forma mayoritaria se defiende que el artículo 576 de la LEC será aplicable cuando se ejecuta una sentencia derivada de un procedimiento declarativo en el que se han anulado los intereses moratorios por abusivos. Se entiende por la mayoría que en ese caso se sanciona el incumplimiento de la sentencia de condena y por ello es procedente la aplicación del interés de mora procesal, es decir, el legal más dos puntos.

Frente a ello una minoría considera que tampoco en ese caso de sentencia de condena es procedente la aplicación del interés de mora procesal del artículo 576 de la LEC ya que es un supuesto de moderación e integración y además acaba con el efecto disuasorio en el uso de este tipo de cláusulas abusivas.

7. *La disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013.*

Se concluye de forma unánime que debe interpretarse conforme al Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE, de tal forma que el recálculo de los intereses a que se refiere dicha disposición sólo se debe producir en el caso de que los intereses de demora sean superiores al triple del interés legal pero no se hayan declarado abusivos (por ejemplo porque no estemos ante un consumidor o porque la cláusula

haya sido negociada). Si estuviésemos ante un interés moratorio superior al triple del interés legal y siendo el prestatario un consumidor se tratase de una cláusula abusiva, no cabría recálculo o moderación, siendo la consecuencia la expuesta en el apartado anterior.

III. CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDOR, EL CRÉDITO AL CONSUMO Y LA CONTRATACIÓN BANCARIA A DISTANCIA

1. *La contratación de créditos para el consumo, tanto en su modalidad presencial como a distancia.*

Se destaca en el grupo de trabajo que este tipo de contratación, pese a tener por objeto sumas de pequeña cuantía, tiene una gran repercusión social por su frecuencia. Además se trata de un ámbito en el que se producen numerosos abusos por parte de las entidades de financiación, abusos que se suelen derivar de la fijación de un elevadísimo interés remuneratorio y/o de la fijación de múltiples comisiones, datos que, bien por la mecánica de la contratación bien por el modo en que se integran en el contrato, suelen pasar desapercibidos para el consumidor.

Son los llamados "créditos rápidos", muchos de ellos contratados por internet y, en muchos casos, publicitados en televisión con reclamos (por ejemplo, indicándose en el anuncio que no tienen costes o intereses) que no se corresponden con la realidad y que tratan de provocar una respuesta rápida, poco meditada y con insuficiente información por parte del consumidor.

En este sentido, se recuerda que los contenidos ofertados en la publicidad deben considerarse legalmente como condiciones integrantes del contrato, como se regula en los arts. 60 a 63 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por RDL 1/2007, y se apunta la posibilidad de control del contenido de estos contratos mediante la aplicación de las disposiciones legales que proscriben la utilización de prácticas comerciales engañosas con los consumidores o usuarios, regulado en los arts. arts. 19 a 31 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Pasamos a examinar algunos de los problemas concretos que surgen en relación con este tipo de contratos y con la protección de los consumidores.

— Aplicación directa de las Directivas comunitarias.

Se suscita en primer término, el debate sobre si las exigencias que imponen las Directivas comunitarias, en aquellos casos en que se debieron haber traspuesto antes de lo que se hicieron, pueden ser de aplicación de modo directo a los contratos concertados antes de la promulgación de la leyes nacionales que regularon los tipos de contratación indicados.

A este respecto se recuerda que:

a) La Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores suponía la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, que imponía su transposición como máximo el 9-10-2004, luego hubo un periodo, entre 2004 y 2007, en que el legislador incumplió el mandato de la Directiva, y que

b) La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, tenía por objeto incorporar al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE, la cual

se debió haber traspuesto como máximo el 12-5-2010, con lo que, con respecto a esta norma, el periodo de desfase de la transposición es, cuando menos, de un año.

Se constata un acuerdo general en considerar que, en tanto el Estado miembro está dentro del periodo de transposición de la Directiva, la misma no puede tener un efecto directo.

Sin embargo, en relación con la cuestión de si en los periodos de incumplimiento de la Directiva, en cuanto al plazo de transposición al ordenamiento nacional, puede ser de aplicación directa la propia Directiva, las opiniones no son unánimes.

En el debate se manifiestan dos posturas que pueden resumirse en los siguientes términos:

1. Aquellos para quienes la falta de transposición de la Directiva en el plazo establecido por la misma no permite su aplicación directa a los litigios surgidos entre particulares. Así, para quienes defienden esta tesis, el efecto directo de la Directiva está sometido a la concurrencia de las siguientes condiciones: a) que no se haya traspuesto dentro del plazo señalado o que se haya traspuesto mal; b) que la disposición concreta a aplicar tenga un contenido incondicional, claro y preciso, y c) que, en todo caso, sólo podrá ser aplicada en las relaciones verticales, esto es, en litigios frente al Estado, pero no entre particulares. Con todo, los partidarios de esta postura reconocen, incluso para los litigios entre particulares, el valor como instrumento interpretativo de las normas y principios recogidos en las Directivas pendientes de trasponer o mal traspuestas[5].

2. Aquellos para quienes la falta de transposición de una Directiva permite considerar a ésta parte integrante del derecho interno, lo que justifica su efecto directo también en las relaciones horizontales, es decir, en litigios entre particulares. Se invoca en apoyo de esta tesis la doctrina sentada por la STJUE de 15 de enero de 2014.

Se producen intervenciones que matizan esta postura, distinguiendo dos supuestos: los casos en que existe una transposición deficiente de la Directiva, en que la materia está regulada por normas de derecho interno que no se ajustan perfectamente al contenido de la Directiva, en los que la norma comunitaria habrá de servir de pauta interpretativa para la aplicación del derecho interno no pudiendo excluir por el juez la aplicación de este; y, por otra parte, los supuestos en que no exista una regulación nacional, en los que sí debe aplicarse directamente la Directiva[6].

---

5 La jurisprudencia que explica esta noción reitera los siguientes argumentos: “La aplicación directa horizontal no es un principio reconocido como característica de las directivas en la jurisprudencia del TJCE, que en este punto ha sido calificada por la doctrina como “opaca, contradictoria, confusa y compleja” si bien se encuentran supuestos de aplicación, que se producen a través de la ampliación de la noción de Estado (STJCE 188/89 Foster, 12 de julio de 1990), o en los supuestos en que un particular invoca una Directiva frente a un Estado cuando de su aplicación directa se deriva un perjuicio para el particular (llamado “efecto transfusión”; SSTJCE 103/88 Fratelli Costanzo, de 22 de junio de 1989 ; 31/87 Gebroeders Beentjes, de 20 de septiembre de 1988). Es la denominada “ eficacia triangular” (SSTJCE 194/94 Cia Security de 30 de abril de 1996 ; 201/94 Smith & Nephew, de 12 de noviembre de 1996 , etc). O bien cuando tal eficacia directa se produce a través de la directiva como parámetro de interpretación del Derecho interno, independientemente de la naturaleza horizontal o vertical de la relación litigiosa (SSTJCE 14/83 von Colson de 10 de abril de 1984 ; 79/83 Harz, del mismo día), pero sobre lo que hay que notar que, como ha destacado la doctrina, cuando es posible la interpretación de la norma nacional conforme a la doctrina comunitaria en la relación horizontal no se aplica directamente la directiva, sino la norma nacional” (STS de 27 de marzo de 2009 - ROJ: STS 1277/2009) y SAP de Las Palmas de Gran Canaria, sección 5, de 14 de enero de 2014 - ROJ: SAP GC 32/2014).

6 La STJUE de 15 de enero de 2014 precisa que: “el Tribunal de Justicia ha juzgado que, cuando conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, un tribunal nacional está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno adoptadas con objeto de adaptarlo a las obligaciones establecidas por una Directiva, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véanse

— Contratos celebrados a distancia.

a) Documentación que debe aportarse al proceso.

Se plantea, en segundo lugar, la cuestión de si en los contratos celebrados a distancia carentes de documentación escrita, la grabación de la "contratación" es un título bastante para acudir al procedimiento monitorio.

Se parte del siguiente supuesto práctico: una entidad financiera presenta una solicitud monitoria aportando únicamente un documento unilateral de liquidación de deuda; el juzgado le requiere para que aporte el contrato suscrito entre las partes y la entidad financiera, en respuesta a tal requerimiento, acompaña un cd en que consta grabada la conversación telefónica mediante la que se entiende contratado el producto financiero.

Es unánime el rechazo de los participantes a admitir que dicho soporte de grabación constituya título bastante para acudir al procedimiento monitorio por diversas razones.

En primer término, algunos defienden que el proceso monitorio exige (ex. art. 812 LEC) que la deuda, incluida la relación de la que trae causa, conste en un soporte propiamente documental y no se considera tal el indicado CD (aunque algunos entienden que el CD sí es soporte documental suficiente).

Por otra parte se recuerda que el art. 6.1 de la Ley 22/2007 exige que "En la comercialización a distancia de los servicios financieros, deberá quedar constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero. Por soporte duradero se entiende todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada". Esta exigencia nos lleva a concluir que, en la medida en que la grabación de la contratación telefónica no se proporciona al consumidor la información exigida, dicho soporte tampoco garantiza las exigencias de accesibilidad para el consumidor que impone esta norma. Por otra parte, en muchas ocasiones en dichas grabaciones la información contractual es incompleta.

Por último, se produce un consenso general en considerar que, para el acceso a la vía monitoria y, especialmente, para poder llevar a cabo el control de oficio del eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato, es necesario que en el título que sirva de base a la reclamación monitoria consten todas las condiciones contractuales, por ser el único modo de posibilitar dicho control, y, desde esta perspectiva, se rechazan también como títulos aptos para acudir a la vía monitoria las impresiones de los "pantallazos" que expiden los cajeros automáticos con respecto a operaciones de crédito contratadas a su través, ya que, en dichas impresiones, todo y constar por escrito, solo se recogen de modo esquemático, sin el detalle y exhaustividad suficientes para que el consumidor pueda tomar conciencia previa a la contratación de lo que realmente contrata, es decir, de las condiciones contractuales.

b) Contratación de instrumentos de crédito.

Se examina el supuesto de contratación de instrumentos de crédito en establecimientos comerciales de venta al público, en los que se facilita la tarjeta de crédito sin

---

las sentencias de 4 de julio de 2006, Adelener y otros, C-212/04, Rec. p. I-6057, apartado 111, Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 119, y Dominguez, antes citada, apartado 27).

39. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha precisado que este principio de interpretación conforme del Derecho nacional tiene determinados límites. Así, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes del Derecho interno está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional (véanse la sentencias de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, Rec. p. I-2483, apartado 100, y Domínguez, antes citada, apartado 2)".

estar presente en la contratación la entidad financiera que proporciona el medio de pago o crédito (vgr. tarjetas de crédito facilitadas por el comercio y cuya financiación es proporcionada por una entidad financiera predeterminada), y se plantea si, en estos casos, nos hallamos ante un supuesto de contratación a distancia o ante un supuesto de contratación presencial. Parece advertirse que el sentir general pasa por considerar al establecimiento comercial en cuyas dependencias tiene lugar la suscripción del contrato como un agente de la entidad financiera, lo que impide considerar en estos casos la existencia de contratación a distancia.

c) Información precontractual y la omisión de los deberes de información.

La ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, regula en su artículo 9 rigurosos deberes de información previa y sobre las condiciones contractuales. Se plantea cuál es la consecuencia de la omisión de tales deberes de información, puesto que el artículo 9.4 prevé que podrá dar lugar la nulidad de los contratos "de acuerdo con lo previsto en la legislación española", y la jurisprudencia parece mitigar este efecto[7].

Del mismo modo, la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo, impone rigurosas exigencias tanto en materia del contenido de la información precontractual, como incluso en orden a los propios caracteres tipográficos (legibilidad, medida de letra y contraste) dirigidos a asegurar el conocimiento real y efectivo por parte del consumidor del producto contratado y de todas las condiciones de contratación. Además, tras la reforma de la Ley general de Defensa de los Consumidores y Usuarios operada por le Ley 3/2014 se refuerzan estas exigencias en la misma línea de actuación. En el ámbito de esta ley el incumplimiento de los deberes de información da lugar a la anulabilidad del contrato (artículo 7.2).

— El interés remuneratorio.

Se plantea si es válido que en los contratos de préstamo el interés remuneratorio se exprese con carácter mensual. En líneas generales, esa expresión por meses debe considerarse abusiva, con las consecuencias a ello inherentes, si existe falta de transparencia conforme a lo dispuesto en el art 80 del TRLGDCU.

Se señala también que el art. 7.3 a) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, con respecto a los documentos relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos y de concesión de préstamo y crédito, incluye la exigencia de que en tales documentos se recoja, de forma clara y explícita, entre otros datos, "el tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el Banco de España teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie", de lo que podría entenderse la exigencia de ser expresado en años.

Se advierte que dichas exigencias han sido interpretadas por el TS en el sentido de que cabe la expresión del interés remuneratorio por meses siempre y cuando obre

---

7 La SAP de Madrid, sección 14, de 30 de julio de 2013 (ROJ: SAP M 12748/2013) señalaba: "El artículo 9.4 de la Ley 22/2007 , de 11 de julio, de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros dispone que "el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos a la comunicación de dicha información previa, que se establecen en el capítulo II, en los artículos 7 , 8 y 9 de la presente Ley , podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación española"; el incumplimiento de las obligaciones de información previa no determina necesariamente la nulidad , ni siquiera tratándose de consumidor, que no es el caso, sino que hay que analizar si reúne los requisitos que exige el Código civil y tampoco determina la existencia de un supuesto error en el consentimiento, cuya acreditación corresponde a la actora".

también en el contrato la expresión de la TAE, que es anual, pero si se omite esta última la sola expresión por meses del interés remuneratorio no puede considerarse válida.

— Control de incorporación y de transparencia.

Se debate sobre si la falta de claridad, concreción o sencillez de una cláusula — es decir, de transparencia en los términos de la STS de 9 de mayo de 2013— puede apreciarse de oficio por el juez de primera instancia o solo el Juez de lo mercantil con base en la LCGC[8]. Se concluye que el juez de primera instancia debe hacer ese control formal de oficio con base en el artículo 80 del TRLGDCU y en aplicación de la LCGC ya que la competencia del juez de lo mercantil es respecto de las "acciones" que se interpongan con base en la LCGC.

2. *La reforma del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

Ha sido operada por la ley 3/2014 y supone la incorporación al derecho interno de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13(CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas a la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles[9].

En cuanto al concepto de consumidor, se modifica el artículo 3, que incluye a las personas jurídicas (a diferencia del derecho comunitario), lo que complica la cuestión. El párrafo primero del citado artículo parece volver al concepto de consumidor persona física pero en el párrafo segundo se habla de personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. En realidad, reconoce lo que ya se venía haciendo al aplicar a las comunidades de propietarios la normativa propia de los consumidores. Como ejemplos de personas jurídicas sin ánimo de lucro se citan ONGs, y en general, Asociaciones y Fundaciones.

En los artículos 59 y 59 bis se habla de contratos de consumo de tal manera que la reforma no se limita a los contratos a distancia y a los celebrados fuera de establecimientos mercantiles sino que también incide en el ámbito de los contratos en general.

Se refuerzan los mecanismos de información precontractual, se incide en qué se contrata y en qué condiciones, asegurando la existencia de un consentimiento libre e informado. La obligación de información se refuerza modificando el art. 60 que incorpora hasta once cuestiones de las que se debe informar al consumidor. De esta forma, se regulan de forma completa los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimientos mercantiles, existiendo una única regulación para todos los contratos de consumo. No obstante, ha de esperarse al desarrollo de la norma ya que, en algunos casos, parece presentar dificultades de aplicación. Se puede exigir información por escrito, al menos en castellano, y se hace referencia a cualquier otra lengua cooficial.

En relación a la duración del contrato, y en especial, al compromiso de permanencia, la información deberá abarcar tanto la existencia del propio pacto como la penalización

8 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre las Condiciones Generales de la Contratación.

9 En el momento de la celebración de las Jornadas la ley 3/2014 no estaba aprobada por lo que se hizo el estudio y se debatió sobre el proyecto de ley, que en este momento ya está aprobado.

en caso de incumplimiento. Dicha penalización irá disminuyendo según el tiempo que falte para finalizar el plazo pactado.

En la Exposición de Motivos se hace referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Junio de 2012 y se modifica la redacción del artículo 83 que pasa a ser la siguiente: "*Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*". Como se ve, ya no se habla de integración del contrato sino de subsistencia del mismo.

La Directiva potencia el derecho de desistimiento. Se pretende que el ciudadano pueda conocerlo y disponga de mecanismos que posibiliten su ejercicio de forma sencilla. Se unifica el plazo, que pasará a ser de catorce días. La falta de información precontractual supone un aumento del plazo, que pasa a ser de un año más catorce días. Y también se unifica el criterio para el inicio del cómputo del plazo que, en caso de prestación de servicios, será a la firma del contrato y en los de adquisición de bienes, a la entrega de estos. El desistimiento del contrato principal extingue los complementarios o vinculados, lo que supone una clarificación respecto de la situación actual.

La normativa comunitaria deja a cada Estado la determinación de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa de protección de los consumidores. En relación con las obligaciones de información se plantea el problema de las consecuencias de su incumplimiento no han quedado reguladas en la directiva y corresponde a las legislaciones nacionales su determinación. Se debate sobre si los efectos han de ser de nulidad plena o anulabilidad, a falta de mención expresa (arts. 60-69).

En relación con los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil el artículo 100 establece que "*El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 98.7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor o usuario por vía de acción o excepción. 2. En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario.3. El empresario asumirá la carga de la prueba del cumplimiento de lo dispuesto en este artículo*". La reforma habla de acción o excepción, lo que supone que será el consumidor el que habrá de alegar el incumplimiento. Se comenta como positivo la innecesariedad de formular reconvención, bastando la mera oposición en base a la falta de algún requisito. Sigue existiendo una remisión a las normas generales para supuestos de incumplimiento, con la excepción de lo relativo al desistimiento que, conforme al artículo 105, conlleva la ampliación del plazo. Si no se facilita información, también podrá acudirse a lo previsto en el artículo 1124 del Código Civil y se plantea la conveniencia de remitir testimonio a la Dirección General de Consumo.

Se suscita debate sobre la posibilidad de control de oficio de posibles cláusulas abusivas en segunda instancia y su relación con la existencia de concretos motivos de apelación y con la prohibición de la reformatio in peius. Tras un intenso intercambio de opiniones, se entiende que si la cuestión no ha sido planteada en el recurso, queda fuera del proceso, no siendo posible su análisis; es decir, si el demandado personado no recurre y se conforma con una eventual moderación de la cláusula en lugar de su inaplicación, no cabe volver a analizar de oficio esa cuestión. Situación distinta es aquella en la que el demandado que hubiere sido declarado en rebeldía, plantee la existencia de cláusulas abusivas en el propio recurso. Hay consenso en que es preciso distinguir

entre el demandado declarado en rebeldía y el que estando personado en el procedimiento, consiente la resolución dictada en primera instancia. Puede haber supuestos en los que se solicite la homologación de acuerdos que supongan una moderación de cláusulas abusivas. Se matiza que Europa busca proteger al consumidor, que el orden procesal garantice el principio de contradicción y que existe una relativización de las normas procesales cuando se trata de proteger a los consumidores, adaptándose el procedimiento a fin de dar efectividad a sus derechos. Se señala que ha de avanzarse hacia una asistencia jurídica gratuita preventiva, con asesoramiento jurídico precontractual. Finalmente, se resalta la conveniencia de que la Administración realice campañas de divulgación de los derechos de los ciudadanos en esta materia.

ESTUDIOS

JUSTICIA PENAL Y CORRUPCIÓN: RESPUESTAS, CARENCIAS, RESULTADOS, POSIBILIDADES[1]

Antonio DEL MORAL GARCÍA

1. *IN MEMORIAM*

Al publicar estas notas dando formato escrito a algunas ideas, debidamente completadas y actualizadas, que expuse en un seminario sobre lucha contra la corrupción celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona en noviembre de 2010, bajo la coordinación del Profesor Ferrer Beltrán, no puedo dejar de evocar con emoción a David Martínez Madero, compañero y amigo, que se nos fue tan de repente, tan abruptamente. Aquella jornada me brindó la última ocasión de conversar con él, poco antes de su inesperado fallecimiento. Disfruté como en encuentros anteriores de su entrañable cercanía. Pese a compartir escalafón en la carrera fiscal, a la que quería, no había coincidido con él demasiadas veces. Pero desde el momento en que le conocí personalmente, cuando estaba destinado en la Fiscalía Especial para la represión de delitos económicos relacionados con la corrupción —la popularmente conocida como "Fiscalía Anticorrupción"— se entabló una mutua corriente de simpatía en la que tenían que ver las espléndidas referencias que otros compañeros me habían transmitido sobre su buen hacer profesional y su bonhomía. En poco tiempo de trato directo se veían confirmadas y superadas. Charlamos un rato aprovechando ese evento que motivó nuestro reencuentro en tierras gerundenses. Transmitía ilusión, mucha ilusión, con la labor de la oficina antifraude de Cataluña. Estaba convencido de que podía prestar un gran servicio a la sociedad. Derrochaba entusiasmo hablando de las tareas emprendidas y otras pendientes que transitaban su cabeza, en ebullición. Hablamos de su trabajo y hablamos de su familia. Le brillaban los ojos al referirse a su hija Claudia.

Se nos fue poco después. Sirvan estas líneas de homenaje a quien nos enseñó lo que es servir con modestia, sin alharacas, a unos nobles ideales.

1 En gran medida, aunque con adaptaciones, actualizaciones y nuevas reflexiones estas líneas son tributarias de la ponencia que con el título "La Justicia penal ante la corrupción" expuse en el seminario sobre lucha contra la corrupción que, organizado por la Cátedra de Cultura Jurídica e invitado por su Director Jordi Ferrer Beltrán, se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona en noviembre de 2010. Han pasado más de tres años. Lamentablemente persiste la rabiosa actualidad de la temática. Recientemente remodelé las notas, con un carácter menos jurídico, para un seminario que tuvo lugar en septiembre de 2013 organizado por la Universidad Pontificia de Comillas. Aquí se recupera en gran parte el texto primigenio con las indicadas ampliaciones.

2. EL ANILLO DE GIGES

Cualquier ciudadano es consciente de que ni en nuestro país, ni en otros países de nuestro entorno más próximo, la corrupción es algo ya superado o residual. Estamos lejos de ello.

En general ese mismo ciudadano medio puede albergar la falsa idea de que la lucha contra la corrupción es fundamentalmente una tarea de la justicia, significadamente la justicia penal. Eso es un craso error. Combatir la corrupción sólo con justicia penal no acaba con la corrupción. Ni siquiera la reduce; y posiblemente acabe corrompiendo el derecho penal.

Esta idea que se me antoja elemental inspira estas reflexiones: la corrupción no se ataja, ni solo ni principalmente con derecho penal; son necesarias otras herramientas jurídicas menos groseras, menos toscas, menos espectaculares, pero tantas veces más eficaces.

En el segundo libro de su *República* Platón suscita el debate sobre ese problema ético y político: el poder es fuente de iniquidad. Yo me atrevería a matizar cambiando el tono aseverativo por un potencial: puede ser fácil fuente de iniquidad. Esa pesimista premisa enlaza con la famosa tesis de Lord Acton ("*El poder corrompe y el poder absoluto corrompe siempre"),* pero viene acompañada de una enseñanza adicional que sirve de esperanzador corolario: la transparencia mitiga las perniciosas consecuencias de la inicial constatación que anuda fatalmente poder y corrupción.

La Historia de Giges, uno de esos cuentos con que el filósofo griego ilustraba sus tesis, sirve de marco al diálogo. Giges es un pobre pastor que sirve al Rey de Lidia. Un día se abre el abismo a sus pies y acaba en una cueva subterránea donde encuentra el cadáver de un gigante dentro de un enorme caballo hueco de cobre. Giges se apodera del único objeto que portaba el gigante: un anillo. Un día en la asamblea anual de pastores descubre el poder que escondía el anillo. Dispuesto de determinada forma le hacía invisible. El hasta ese momento justo, honesto y buen ciudadano Giges inicia la senda de la corrupción amparado en ese poder: se hace elegir delegado de los pastores, accede a la Corte, seduce a la reina, asesina al rey… Se convierte en un tirano. La invisibilidad le lleva de manera inexorable a la corrupción.

El dilema que suscita Platón queda así formulado: el hombre invisible ¿puede ser honesto?

No comparto las conclusiones en clave puramente pesimista que a veces se han extraído de esos pasajes: habría una relación esencial y predeterminada entre invisibilidad e injusticia. El hombre no podría ser justo por sus propias convicciones, sino solo obligado por las leyes y expuesto al control de la sociedad. Si actuamos correctamente es porque no se nos concede la oportunidad de cometer injusticias.

Mi visión antropológica es más optimista. Se alimenta no solo de unas concepciones previas o creencias; también de la experiencia: he "visto" —algo de paradójico hay en essta forma de decir— muchos comportamientos honestos, y a veces heroicamente honestos, de muchas personas que actuaban al resguardo de toda mirada. Pero eso no priva de ricas enseñanzas a la fábula de Platón. Singularmente en una sociedad en que parece importar más el "parecer" que el "ser". El clásico adagio de que la mujer del César no solo debe ser honesta, sino además parecerlo; podría hoy invertirse —y en esto soy consciente de que introduzco ciertas gotas de hipérbole retórica—: no basta con que el político *parezca* honesto; debe *serlo.*

Existen hombres que serán justos, aunque descubran que pueden hacerse invisibles. Pero es más fácil ser "justo" (o mejor, obrar con justicia "objetivamente") si uno

está expuesto al escrutinio público. Sócrates concluía que el justo es quien desea ser bueno y no solo parecerlo.

La enseñanza es sencilla y actual: la visibilidad dificulta la corrupción; la opacidad la favorece.

De lo hasta aquí expuesto surgen dos ideas complementarias que en alguna dimensión son metajurídicas pero que enmarcan bien el limitado papel que a mi juicio tiene el derecho penal en la lucha contra la corrupción. Convirtiendo al derecho penal en protagonista único de ese combate se venden falsas ilusiones abocadas a ser defraudadas.

Primera, la corrupción no se ataja, ni solo, ni principalmente con normas jurídicas. Es necesaria una batalla social no previa, pero sí simultánea. Si no se recuperan o se alcanzan determinados valores y se logra que impregnen la sociedad en sus diferentes capas o estratos, las normas jurídicas, la reacción esporádica o intermitente de la justicia penal, por contundente que sea; degenerarán en meras coartadas de conciencias adormecidas a las que importa más el "parecer" que el "ser". Estoy convencido de que esa "corrupción", real aunque no global, que se conviene socialmente en achacar con injusta generalización a la clase política, es en cierta manera última expresión y espejo relativamente fiel de una mentalidad o sentir extendido socialmente, pero que solo "escandaliza" cuando alcanza ciertas cotas o se detecta en gobernantes o dirigentes. El combate contra la corrupción está condenado al fracaso si se renuncia a implantar una conciencia social colectiva más escrupulosa, menos permisiva con la "corruptela" (mecanismos para evitar el pago de multas merecidas, relajación de los horarios laborales, empleo para fines particulares de medios del Estado o de la empresa, elusión del pago de pequeños porcentajes de impuestos, favores a familiares o amistades con postergación injusta de terceros…), menos tolerante con la picaresca, el moderno caciquismo, la influencia o la permeabilidad ante la recomendación. Esa tarea no es fácil y es de todos.

Segunda, las políticas —legislativas y no legislativas— que fomentan la transparencia en el ejercicio de la gestión pública son una herramienta primordial en la lucha contra la corrupción. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno avanza en esa dirección. No voy a analizarla. Ni es mi especialidad, ni la he estudiado, ni es objeto de estas líneas. Sea suficiente con dejar reseñada la referencia y la idea de que seguramente por esa senda todavía se puede y se debe avanzar muchísimo más.

3. DE PERAS, OLMOS, JUSTICIA Y CORRUPCIÓN

Ni solo más transparencia; ni solo políticas preventivas; ni solo la ingenuidad de confiar en la honestidad del ciudadano: las leyes existen en gran medida porque se desconfía de esa rectitud; y cuanto más poder se ostenta más necesaria es esa desconfianza. Leyes también penales; por supuesto.

El Derecho Penal es una herramienta necesaria en la lucha contra los fenómenos de corrupción. *Item* más, es un instrumento imprescindible. Pero no aisladamente. Sólo el derecho penal es insuficiente; muy insuficiente. Incluso desde perspectivas de análisis económico del derecho (Rodríguez López, 25-26).

Depositar todas las esperanzas en la justicia penal generará insatisfacción y honda frustración. Sería "*una venta de ilusiones a través de las leyes penales*" (Rodríguez García, 248). La corrupción hay que atajarla en sus causas. Como en otras muchas materias los frutos de la prevención son mucho mayores que los de la represión. En una

estimación que a lo mejor está poco documentada y es más bien intuitiva, sospecho que el fracaso, o al menos los éxitos bastante limitados, en la lucha contra fenómenos corruptos en nuestro país radica en dotar de un excesivo protagonismo a las reformas de derecho penal sustantivo y olvidar otros mecanismos jurídicos de prevención que resultan notoriamente más eficaces (Jiménez Villarejo, 535).

"La corrupción es un crimen de cálculo, no un crimen pasional. En verdad hay santos que resisten todas las tentaciones y funcionarios honrados que resisten la mayoría de ellas. Pero cuando el tamaño del soborno es considerable y el castigo en caso de ser atrapado es pequeño, muchos funcionarios sucumbirán", explica Klitgaard (Jiménez Sánchez, 2 y 3). A este autor se debe una conocida y esclarecedora "ecuación de la corrupción": C=M+D-A; es decir corrupción (C) será el resultado del nivel de monopolio de las decisiones (M), sumado al de la discrecionalidad que se atribuye a los decisores (D), con la disminución derivada de las impuestas rendiciones de cuentas (A). Un sistema en que las decisiones estén en pocas manos que actúan con grandes márgenes de discrecionalidad y sin excesivos controles o daciones de cuenta generará un marco muy proclive a prácticas corruptas. Ir a esas causas proporcionará más réditos que la huida al derecho penal. En esos tres campos durante años hemos perdido posiciones.

De todas formas no hay duda de que se puede mejorar el derecho penal sustantivo en esta materia. Pero las causas de la ineficiencia de la justicia penal para neutralizar de forma exitosa estos fenómenos no hay que buscarlas primariamente en las deficiencias de leyes sustantivas. En absoluto.

No se desvirtúe la idea: desde luego que sin el derecho penal y un derecho penal que dé respuestas contundentes a conductas graves, no se puede combatir la corrupción. Pero si junto al derecho penal no se emprenden políticas de prevención, en el plano de la educación y la cultura, excitando la sensibilidad de la sociedad civil y arrinconando la tendencia a una comprensión de fondo; se fortalecen los mecanismos de control administrativo, y se reducen en cuanto sea factible los márgenes de discrecionalidad; si no se afronta con seriedad y rigor el tema de la financiación de los partidos políticos y de las corporaciones locales; si no se articulan en materia de contratación pública resortes que sirvan de filtros para prácticas que son el caldo de cultivo de la corrupción, con el derecho penal no se hará nada. Surgirán algunos escándalos de vez en cuando que morirán en los juzgados al cabo de los años, quizás con algunas sentencias condenatorias que llegan mucho tiempo después y lejos de generar ejemplaridad actúan a su vez como acicate (las condenas llegan tarde, si llegan); los electores seguirán votando a candidatos imputados, sin importarles que estén pendientes de uno o varios procesos judiciales; y los políticos seguirán buscando "absoluciones" en las urnas; e invocando en vano la presunción de inocencia como parapeto; una presunción de inocencia que es prostituida al enarbolarla en el terreno de la responsabilidad política, cuando se diseñó para encauzar la responsabilidad penal.

Hay mucho todavía por hacer al margen del derecho penal. Una ley de transparencia, muy rigurosa y sin agujeros negros, es un buen instrumento. Pero no el único posible: más controles, despolitizar la intervención, abordar de forma decidida el enquistado y mal resuelto "problema" de la financiación de los partidos (que a lo mejor no es tal), profesionalizar la gerencia y gestión pública evitando la colonización de la Administración por los partidos políticos, implementar códigos éticos de conducta.

Esta idea preliminar —"la solución no es más cárcel"— es básica para no defraudar expectativas. Ni se puede abusar del derecho penal, ni se puede abusar de la justicia penal. "Pedir peras al olmo" es un dicho popular que se usa para explicar que es baldía

la espera de lo que naturalmente no se puede ofrecer[2]. Pedir al Derecho Penal que acabe con la corrupción es "pedir peras al olmo".

4. ¡MÁS MADERA!

Los olmos no proporcionan peras pero sí madera. El derecho penal es incapaz por sí solo de acabar con la corrupción pero sí que puede y debe contribuir a ello. Puede aportar mucho. Algo aporta. Y todavía podría aportar mucho más. Analizaré sintéticamente algunas de las vertientes en que podrían desplegarse esa contribución.

Pueden distinguirse dos planos: el de las normas de derecho sustantivo; y el del derecho procesal. Ambas esferas sugieren consideraciones. Y los dos territorios —singularmente el procesal— son susceptibles de cambios que redundarían en una mayor eficacia de la justicia penal, eficacia que, hoy por hoy, es "manifiestamente mejorable" evocando una rancia expresión que tomo prestada de la legislación agraria del siglo pasado.

En derecho penal material pueden ser convenientes algunos ajustes. Aunque si el derecho penal no ha funcionado con la operatividad deseable en esta materia no ha sido tanto por cuestiones de legislación penal sustantiva, cuanto de agilidad y dificultades probatorias y procesales.

En el derecho orgánico y procesal sí se puede avanzar mucho más. Desde luego que una primera tarea sería superar las avejentadas estructuras de nuestros juzgados que permanecen infradotados para investigaciones complejas y dotar de normas procesales que permitan agilizar estos grandes procesos facililitando el enjuiciamiento fragmentado.

Caben otros ajustes. Sin afán de exhaustividad, me detendré en algunos aspectos. Esos avances han de consistir en suprimir o reducir algunos privilegios; pero sin mermar las garantías bien definidas y no interesadamente engrandecidas hasta deformarlas; en reforzar la autonomía de las instituciones encargadas de la persecución, sin arrinconar la iniciativa ciudadana; en adaptar los caducos y desesperadamente lentos e ineficaces para este tipo de delincuencia cauces procesales.

5. DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y CORRUPCIÓN. REFERENCIAS A LA REFORMA DE 2010 Y AL PROYECTO DE 2013

La criminología de la corrupción revela que sus protagonistas son delincuentes "por cálculo", tal y como ha quedado ya plasmado en la célebre cita antes recogida. Son delitos premeditados y planificados. La connivencia y complicidad entre los que los presencian genera una opacidad que dificulta su descubrimiento. El derecho penal solo ejerce su papel disuasorio si en la estimación del corrupto la probabilidad de ser descubierto unida a la carga punitiva de la sanción es alta. Si son muchas las posibilidades de eludir la acción de la justicia; o, en caso de ser descubierto, los beneficios obtenidos "compensan" por la sanción que ha de sufrirse, la capacidad desincentivadora del derecho penal quedará muy mermada (Rodriguez García, 270).

Esa elemental idea servirá para abundar en lo que se trataba de exponer como primera premisa de estas reflexiones. Los delitos relacionados con la corrupción no son fácilmente detectables. La cifra negra es alta. Para mitigar la erosión de la fuerza preventiva del ordenamiento punitivo que lleva aparejada esa realidad, la solución estriba en mejorar los mecanismos de control, de fiscalización, de transparencia; lo que

2 José Luis González, *Dichos y proverbios populares*, Edimat, 1998, pág. 301.

supone costes y a lo que no siempre es proclive el poder político. Por eso se corre el riesgo de reaccionar acudiendo a la fórmula menos costosa pero más ineficaz: incrementar las penas. Así se lanza al electorado el mensaje de que algo se está haciendo. Pero lo que se hace no solo es poco eficaz sino que a veces arrastra efectos perversos: se acaba llegando a resultados penológicos nada ponderados, con afectación del principio de proporcionalidad y con desequilibrios en todo el sistema de penas. Si se endurecen las penas por determinadas infracciones a golpe de sucesos particulares, sin pararse a reflexionar sobre las causas de una determinada actividad delictiva y la forma de hacerle frente, en pocos años —más con la obsesión por la reforma penal "permanente", también "revisable"— contaremos con una parte especial del Código Penal descompensada en que la comparación de las penas del homicidio o las lesiones, por ejemplo, con las de otros delitos lleven a la idea de que la vida o la integridad física están menos tuteladas que otros bienes jurídicos. Eso sucedió, por invocar un ejemplo de nuestro pasado más reciente, con los delitos contra la salud pública, en situación que ha sido corregida en la reforma del Código Penal de 2010.

No toda la corrupción ha de merecer una respuesta penal. Tan solo las manifestaciones más graves. El derecho penal ha de seguir manteniendo su carácter de *ultima ratio*. Eso no significa renunciar a erradicar, aunque con instrumentos proporcionados, otras prácticas que también se pueden encuadrar en el concepto global de "corrupción". El derecho penal ha de quedar reservado para los comportamientos más graves[3].

Por otra parte la respuesta ha de atender a parámetros de ponderación, ha de ser adecuada a la gravedad social del comportamiento: buscar la sanción proporcionada sin dejarse llevar por la fácil solución, a la que tan inclinados se muestran nuestros gobernantes, de creer que una reforma penal tiene aptitud para resolver cualquier problema social. Hay una clase de líderes políticos, no infrecuente en el panorama actual, para los que gobernar es casi sinónimo de legislar. Y en el campo de la legislación, la penal es prioritaria. Esa fuerte tendencia está haciendo perder al derecho penal su condición de *ultima ratio*.

En la reforma del Código Penal de 2010 los delitos relacionados con la corrupción vieron incrementadas las penas. Se creó un delito de corrupción entre privados. Puede ser acertado, aunque la nueva infracción seguramente se ha diseñado con unos perfiles excesivamente difusos. Algunos organismos internacionales (GRECO[4]) habían recomendado la revisión al alza de esas penas con toda razón. Pero, desde luego, la penal no puede ser la única respuesta ante la corrupción, ni la reforma del Código Penal en ese punto puede dejar tranquilos a los gobernantes: es absurdo pensar que el simple hecho de que la sanción en lugar de dos años de prisión va a poder alcanzar tres disuadirá al corrupto de su conducta.

En cualquier caso, ha de ser bienvenida la elevación de algunas penas en ciertos delitos relacionados con la corrupción, como el cohecho o el tráfico de influencias cuya penalidad hasta aquella reforma no corría pareja con su gravedad. Ese incremento punitivo merecía ser acompañado de mejoras en el principio de taxatividad: algunos tipos (y el tráfico de influencias es uno de ellos) tienen contornos demasiado vaporosos. De

---

3 Heidenheimer distingue entre la corrupción "negra" —cohecho, sobornos…—; la corrupción "blanca" —corruptelas— el uso de un teléfono oficial para hacer llamadas privadas; y la corrupción "gris" donde las fronteras entre lo tolerable y lo inadmisible son más turbias (ahí se encuadrarían casos de conflictos de intereses como el fichaje de un ex -alto cargo político por una empresa del sector en el que ostentó funciones públicas) (García Mexía, 38). Pues bien ni sería adecuado llevados de un puritanismo reactivo llevar al derecho penal la corrupción "gris" o la "blanca" —eso deslegitimaría al derecho penal—, ni podrían quedarse conformes los poderes públicos prescindiendo de alguna reacción adecuada y proporcionada frente a esas corruptelas o prácticas no limpias.

4 Informe de evaluación relativo a España aprobado en la 42 Reunión Plenaria, Estrasburgo, 15 de mayo de 2009.

cualquier manera en lo que es endurecimiento de la respuesta penal no se puede ir mucho más allá. No se puede incurrir en la ingenuidad de creer que con ese tipo de reformas —penas más altas— se diluirán los problemas de corrupción. Como tampoco con los nuevos tipos creados en 2012 (sanción de la mala gestión en el manejo de fondos públicos) o las modificaciones anunciadas por el Gobierno mediante el Proyecto de Ley de reforma (¡otra!) del Código Penal de 2013[5]. El acento hay que ponerlo no ya tanto en incrementos punitivos como en fomentar la transparencia de la actividad administrativa e instrumentar mecanismos eficaces de control de la discrecionalidad. Así se aumentan las posibilidades de descubrimiento de las infracciones lo que desincentiva mucho más que la elevación de unas penas que se intuyen como una posibilidad lejana.

Existe un error de política criminal muy habitual en el legislador consistente en creer que las penas más largas son las más efectivas, las más disuasorias. Ante la proliferación de algunos delitos o el clamor social por otros, la respuesta fácil, barata pero nada inteligente, suele ser la de incrementar las penas. Esa senda suelen seguir los primeros anuncios de los políticos tras algún escándalo de corrupción, buscando más apaciguar a una justamente indignada opinión pública que atajar realmente el problema.

Pero las penas más eficaces no son las más altas, sino las más inevitables. Las penas muy altas, cuando el delincuente cuenta con no ser aprehendido solo sirven para castigar de manera desproporcionada a los escalones más bajos y menos responsables de la organización criminal: un ejemplo claro se puede extraer de los delitos contra la Salud Pública. Las penas que se habían fijado pensando en los grandes narcotraficantes que convierten esa actividad en un negocio que les permite un lujoso nivel de vida, al final vienen a ser impuestas no a aquéllos, sino a personas casi indigentes que, acuciadas por la necesidad, han tenido la debilidad de dejarse atraer por la obtención rápida del dinero, poniendo en juego su salud y su futuro. Pocas veces se alcanza a los integrantes de los niveles más altos que son los que convierten esa actividad en un lucrativo *modus vivendi*. A estos, que confían en eludir la acción de la justicia, para nada retraen esas penas de enorme duración. Son conscientes de que con adecuadas cautelas es baja la probabilidad de que les afecten.

No han perdido actualidad las palabras que Lardizábal dirigiese a Carlos III: No vale para nada amenazar con penas gravísimas que no se sabe si podrán ser aplicadas y que lo único que en verdad hace temible a la justicia penal no es la dureza del castigo, sino la constancia, rapidez y la seguridad de su actuación. Es una idea clásica que ya se encuentra en Beccaría (el mayor freno de los delitos no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad) y que con unas u otras palabras ha sido reproducida mil veces (como Silvela que consideraba preferibles las penas cortas impuestas con prontitud y constancia que las penas de larga duración). Y parece que habrá que seguir repitiéndolas ante la aparente sordera de los responsables políticos. Las estadísticas no mienten: el incremento de las penas no hace disminuir el número de delitos. La ecuación más penas equivale a menos delitos se ha revelado como rigurosamente inexacta.

Una modificación de la amplia reforma penal de 2010 con una incidencia muy benéfica en el logro de mayor eficacia en la persecución penal de estos delitos es la elevación del plazo de prescripción[6]. Muchas de las infracciones asociadas a fenómenos de corrupción prescribían a los tres años. Si se combina ese corto periodo con las dificultades objetivas para que muchos de estos delitos salgan a la luz se comprenderán las razones

5 Ya en fase de tramitación parlamentaria: Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, Serie A, num 66-1, 4 de octubre de 2013.

6 Debo esta reflexión a la atinada observación que me hizo el Fiscal David Martínez Madero en la jornada de que daba cuenta al inicio de estas notas, en el coloquio que siguió a la ponencia que se me había encomendado.

de las frustraciones sociales que han seguido a algunos procesos iniciados con gran aparato y luego finalizados con escasos resultados en bastantes ocasiones porque una buena parte de las infracciones estaban ya prescritas. El plazo de tres años era muy poco realista, especialmente si se piensa en determinado tipo de delincuencia (VALEIJE, 41). Ha de merecer aplausos su ampliación: ahora ese plazo se sitúa en cinco años.

6. DELINCUENCIA "RENTABLE": LA HISTORIA DE LUCIO VERACIO

Queda bien expresada la idea que preside este epígrafe con una viejísima anécdota. Procede de la Roma imperial. Es Aulo Gellio quien la relata. El protagonista se llama Lucio Veracio. Aulo Gellio lo describe como un "*homo improbus*". Se trataba de un personaje peculiar, agresivo, y de muy buena posición económica: un noble romano. Siempre se hacía acompañar en sus paseos por la ciudad por uno de sus esclavos que en un pequeño saquito llevaba monedas y tenía el encargo de entregar 25 ases, sanción establecida en la época para tales hechos, a todo aquél a quien, por diversión, Lucio, había abofeteado por la calle, sin motivo alguno. Al llegar esto a oídos del Pretor, según nos cuenta Gellio, se vio obligado a sustituir la pena fija, convertida en ineficaz por la disminución del valor de la moneda, por la proporcional.

Pues bien, ciertamente en la delincuencia económica el desacierto en la respuesta penal provocaría la proliferación en pleno siglo XXI de *Lucios Veracios* dispuestos a asumir el riesgo de unas módicas sanciones a cambio de grandes beneficios económicos.

En ese orden de cosas un objetivo de primer orden de la respuesta penal a la corrupción ha de ser la confiscación de las ganancias derivadas de la actividad ilícita. Eso sí que tiene un claro efecto disuasorio: la legislación penal y, sobre todo su práctica, ha de lanzar el mensaje nítido de que es capaz de detectar y arrebatar los beneficios económicos y patrimoniales. En eso se ha avanzado en sucesivas reformas legislativas, aunque todavía queda mucho por hacer sobre todo a nivel de operatividad. Las herramientas de derecho penal se han mejorado, pero hace falta mayor eficacia en su aplicación. En esa línea se inscriben las reformas de la institución del comiso. El delito no puede ser provechoso (Otero, 17). Comiso, penas pecuniarias y delito de blanqueo de capitales son tres instrumentos penales puestos al servicio de ese objetivo en los que la legislación supranacional europea ha fijado su atención[7] buscando la armonización de disposiciones nacionales.

El decomiso por equivalencia, propugnado por algunas disposiciones internacionales se introdujo en nuestro ordenamiento en la reforma de 2003. Cuando no sea posible localizar los bienes producto del delito el comiso puede dirigirse a otros bienes de valor equiparable, aunque esté constatado su origen lícito. De esa forma se eluden dificultades probatorias.

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio ha traspuesto al derecho español la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Ahora junto al comiso de equivalente y para determinados delitos (terrorismo o cometidos por grupos organizados) se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con

7 La Decisión Marco 2001/500/JAI para armonizar disposiciones nacionales relativas al decomiso y a las sanciones penales aplicables al blanqueo de capitales; Decisión marco 2003/577/JAI que aplica el principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas; Decisión marco 2005/212/JAI cuya finalidad es garantizar que los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito, en particular en lo que respecta a la carga de la prueba del origen de los bienes afectados; y, por fin, la Decisión marco 2006/783/JAI que impulsa el principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones de decomiso.

respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal. La presunción no alcanza a los delitos relativos a la corrupción. Se ha justificado la exclusión invocando las cautelas y prudencia con que hay que incorporar estas novedades que rozan los límites de las presunciones permisibles; y a la constatación de que difícilmente encontraremos una actividad de corrupción generadora de grandes beneficios económicos que no haya operado a través de un grupo u organización criminal lo que atraerá tal presunción. El comiso se extiende a esos bienes cuya procedencia ilícita no hay que probar: se presume. Estamos ante una inversión de la carga de la prueba sobre el origen del enriquecimiento de estas personas, aunque siempre que quede probada su actividad delictiva dentro de una organización o grupo criminal. Si se quiere salvar la constitucionalidad del precepto ha de entenderse que estamos ante una presunción *iuris tantum*, es decir, para evitar la confiscación se permite acreditar que ese enriquecimiento tiene unas fuentes lícitas. La regulación queda completada con la con la creación de una Oficina de Recuperación de Activos, dedicada a la localización, administración y gestión y de todos aquellos bienes vinculados a delitos cometidos por organizaciones criminales (Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica 5/2010, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal introduciendo un nuevo artículo 367 septies).

La reforma de 2013 profundiza más aún en esa herramienta con la mira puesta en una nueva Directiva europea sobre el embrago preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia: comiso sin sentencia; comiso ampliado y comiso de bienes de terceros constituyen las tres vertientes de la reforma.

El comiso sin sentencia ya existía. Ahora se perfila más y se le dota de una regulación procesal. El comiso ampliado permite extender la medida a bienes procedentes de otras actividades ilícitas del sujeto distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de prueba plena. Se quiere fundamentar en una prueba indiciaria que sería suficiente para el comiso, pero no para la condena penal por esas otras actividades ilícitas: no es una sanción penal. Se extiende su aplicación introducida en 2010 a otros delitos entre los que se encuentran los más característicos en el campo de la corrupción: cohecho, malversación, corrupción entre privados.

También se quiere retocar el comiso frente a terceros.

Con esa misma orientación el delito de blanqueo de capitales ha sido objeto ampliaciones que en todo caso se me antojan desmesuradas. El legislador de 2010, mediante la modificación de los artículos 301 y 302 del Código penal, amplía la conducta típica para acoger tanto la posesión de los bienes procedentes de una actividad delictiva como el autoblanqueo. Late detrás un intento de salvar problemas de prueba con técnicas penales poco o nada pulimentadas, demasiado groseras. No tiene sentido que el blanqueo pueda llegar a estar más castigado que el mismo delito original. Como tampoco lo tiene que la comisión imprudente se admita sin matices o que se haya arrebatado todo espacio al clásico delito de receptación que en rigor nunca podría cometerse ya si se guarda fidelidad a la literalidad de los delitos de blanqueo de capitales. He ahí un ejemplo —se señalarán algunos más— del peligro de, llevados del afán de combatir la corrupción (o en general la delincuencia organizada), deslizarse hacia territorios donde sufren una erosión grave los principios tradicionales del derecho penal y procesal (proporcionalidad, *ultima ratio*, presunción de inocencia). Además se produce una duplicidad en las herramientas: se busca el mismo objetivo confiscatorio con dos medidas que superpuestas resultan desproporcionadas: comiso y blanqueo.

Otro territorio donde el derecho penal ha llegado a desbordar la racionalidad es el de las penas de multa muy utilizadas en estos delitos.

La pena de multa se prevé como una de las fórmulas destinadas a cancelar el peligro de que el delito resulte económicamente provechoso. Se asignan a las infracciones a las que normalmente van anudada la obtención de beneficios altos (tráfico de influencias, información privilegiada, blanqueo de capitales, y a partir de 2010 delitos contra la ordenación del territorio) unas penas de multa proporcionales, es decir, calculadas con arreglo a los beneficios obtenidos o perseguidos. Eso pudo ser una técnica adecuada cuando el comiso tenía unos condicionantes muy estrictos; pero en la actualidad se revela como disfuncional.

Ese método de fijación de las multas (atender a las ganancias obtenidas o que se podían obtener) es un tanto tosco. Procede de etapas de la legislación penal en que el comiso era un instrumento poco afilado que no bastaba para alcanzar la certeza de que al delincuente no le había salido "rentable" su conducta. Con las multas proporcionales se consigue una confiscación indirecta sin sometimiento a las estrictas reglas que disciplinaban el comiso especialmente las derivadas de la necesidad de acreditar que se trataba del producto del delito[8]. Desde el momento en que la institución del comiso ha ido evolucionando y moldeándose para dar respuesta adecuada a los rendimientos económicos de la actividad criminal, y acoge en su seno el decomiso de equivalente, el decomiso sustitutivo, o la presunción en determinadas condiciones de procedencia ilícita y consiguiente decomiso del patrimonio de los condenados por ciertas infracciones (art. 127 del Código Penal), los fines que se persiguen con las multas proporcionales se logran ya por otros caminos. Muchas de las multas proporcionales han perdido su razón de ser y conducen a resultados chocantes, cuando no esperpénticos. Pueden suponer la absoluta "muerte económica" del condenado; la imposibilidad material de rehabilitación: la elevadísima cuantía de la multa jamás podrá ser totalmente cubierta por muchos años de vida laboral que queden al condenado, convertido en un esclavo económico del Estado que absorbe todas sus posibles ganancias para disminuir el monto de una multa que jamás será totalmente satisfecha. Si además la multa va acompañada por una pena privativa de libertad que no consiente la extinción de la pena pecuniaria (art. 53.3), como seguramente desearía paradójicamente el condenado, tendremos que no existe solución legal razonable a esa situación por más que en la práctica se resuelva por la fórmula, más que dudosa, de dejar dormitar la ejecutoria y olvidarse de la pena de multa.

Unos ejemplos relevantes pueden extraerse del delito de blanqueo de capitales o del delito de tráfico de influencias. Dos tipicidades características en que las multas proporcionales se utilizan con esa finalidad. El legislador está pensando en el protagonista de acciones que han obtenido sus fines. No le tiembla el pulso al establecer como cuantía de la multa el valor de los bienes objeto de blanqueo (art. 301), o del beneficio perseguido, aunque no se haya llegado a alcanzar. Además, precisa en el primer caso que los bienes decomisados no podrán ser aplicados a satisfacer las responsabilidades civiles del delito (art. 374 en contra del criterio general del art. 127; no así en el otro en que el comiso en principio —art. 431— podría destinarse al abono de la multa) lo que por lógica ha de incluir también la imposibilidad de tener por abonada la multa con el producto de lo decomisado. Y la multa ha de imponerse abstracción hecha del papel concreto que el condenado ha tenido en la actividad criminal o de que efectivamente se haya alcanzado algún beneficio económico. Es indiferente que sea un subalterno o

8 Choclán Montalvo, J.A., *El Comiso y la confiscación, medidas contra las ganancias patrimoniales ilícitas* en la obra colectiva "Prevención y represión del blanqueo de capitales", Estudios de Derecho Judicial, 28/2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 360. Vid también Trillo Navarro, J.P., *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 148 y ss.

el protagonista; el jefe de la organización o el contratado por una escasa remuneración para una tarea secundaria; quien mueve los grandes capitales a nivel internacional; o quien se ha limitado a prestar su cuenta corriente para que sirva de cauce a esos movimientos a cambio de una modesta gratificación o de poner al servicio de otros sus "buenos oficios" basados en relaciones de amistad o cercanía. La multa será la misma para todos: al menos, el valor total del capital blanqueado o del beneficio que se perseguía. Cuando son muchos los partícipes, no se hace distinción. Aunque las ganancias son únicas, la multa se multiplica por el número de partícipes. Es obvio que los rendimientos del delito habrían de distribuirse entre todos a veces de forma muy desigual. Pero a todos ha de imponerse la multa. En esa tesitura caben dos opciones. La primera, la más habitual, consiste en olvidarse de la multa, dado el ridículo patrimonio con que cuenta el penado en comparación con la cuantía exigida, y archivar la ejecutoria. La segunda, la que se ajustaría a la ley, indagar el posible patrimonio (coche, vivienda…), embargarlo en su totalidad (salvo los mínimos excluidos) y mantener una estrecha vigilancia sobre esa persona para ir comprobando cualquier remuneración que pueda percibir e ir detrayendo cantidades a cuenta de esa multa que en los cuarenta o cincuenta años de vida que le puedan quedar solo alcanzarán a cubrir un escasísimo porcentaje de la multa. Eso es un dislate provocado por la ligereza con que el legislador maneja las multas proporcionales, sin matiz alguno, y haciendo caso omiso al fenómeno de la codelincuencia, que supone que los autores de cualquiera de esos delitos con rendimientos económicos no siempre son los beneficiarios íntegros de ese producto. De ahí que las multas resultantes sean más que desproporcionadas, disparatadas. Ya no es el principio de proporcionalidad el que queda menoscabado sino algo previo y más elemental: la racionalidad. Como es también algo sin demasiado sentido (solo lo tiene en algunos casos; y lo tenía, desde luego, cuando el comiso estaba menos desarrollado y muy condicionado por cuestiones probatorias) que se establezcan penas de prisión en conjunción con penas de multa.

No se puede decir lo mismo de la demolición en materia de delincuencia urbanística: pese a la previsión del art. 319.3 la práctica judicial se ha mostrado muy renuente en la dispensación de esa medida dando así marchamo al principio que con ironía se ha formulado evocando la vieja leyenda de Beaumarchais: "Construye, que algo queda" (Prieto Del Pino, 114). Mientras la regla general no sea la demolición de lo ilegalmente construido, lo que solo excepcionalmente puede ceder, los delitos contra la ordenación del territorio, que fueron un indudable avance del Código de 1995 y que han sido también remodelados en 2010, ofrecerán una respuesta insatisfactoria y no desalentarán al infractor. Hay que vencer la cicatería y los remilgos con que los órganos judiciales contemplan esa medida que consiste en un puro y sencillo restablecimiento de la legalidad vulnerada (Rodríguez, 95-117). No se olvide que el urbanismo constituye una de las áreas más permeable a episodios de corrupción. En los últimos años la jurisprudencia ha alumbrado pronunciamientos claros para invertir esa percepción y sentar que la demolición será la regla general.

Se plantea en el marco jurídico europeo la creación de un delito de posesión de bienes injustificados, de enriquecimiento ilícito. La figura roza alguno de los principios irrenunciables de un Estado de Derecho. No deja de ser un delito de sospecha. Personalmente la miro con cierto recelo precisamente por eso, pero no me atrevería renegar de ella con contundencia. Debidamente modelada puede ser compatible con la presunción de inocencia (Asencio, 19; Ródenas, 18-19), especialmente si se pone el acento en la necesidad de tutelar como bien jurídico la transparencia en el desempeño de funciones públicas. Esta figura está recogida en el Derecho penal francés y en varios ordenamientos iberoamericanos.

7. SUPRIMIR PRIVILEGIOS…

La necesidad del suplicatorio para proceder contra determinados cargos políticos es algo atávico desde el punto de vista teórico. Carece de razón de ser en Estados de Derecho como el nuestro en que no es imaginable pensar que un poder disperso como es el judicial pretenda condicionar la actuación del Poder Legislativo a través de procesos penales. Es ridículo a la vista del funcionamiento real del sistema parlamentario articular mecanismos inspirados en la filosofía de que el poder judicial no pueda variar arbitrariamente las mayorías políticas mediante el encausamiento y condena de algún diputado o senador. Es verdad que la inmunidad es una pieza constitucional que no consiente fácilmente su derogación. También es verdad que a impulsos de algunas llamadas de atención del Tribunal Constitucional[9], la práctica parlamentaria se ha decantado final-

9 SS TC 243/1988, de 19 de diciembre y 9/1990, de 18 de enero, 90/1985, de 22 de julio, 206/1992, de 27 de noviembre. La doctrina jurisprudencial arranca del análisis de la finalidad constitucional a que deben responder las prerrogativas de la inviolabilidad y la inmunidad que no es otra que garantizar la libertad y la independencia de la institución parlamentaria. Son por tanto "no derechos personales, sino derechos reflejos de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara legislativa y que sólo se justifican en cuanto son condición de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución" (SS TC 243/1988, de 19 de diciembre y 9/1990, de 18 de enero). Existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial relativamente abundante emanado del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad de la denegación de un suplicatorio. Se afirma por el TC que las facultades de la Cámara no son de una absoluta discrecionalidad, sino que están condicionadas por el fundamento de la institución de la inmunidad: no es admisible la denegación en los casos en que no concurra ese fundamento. La denegación ha de ser motivada (S TC 90/1985, de 22 de julio), lo que suscita un abanico de problemas a veces insolubles, como la imposibilidad de incluir esa motivación cuando se produce la denegación por "silencio" que contemplan los arts. 14.2 y 22.5, respectivamente, de los Reglamentos del Congreso y del Senado; o la dificultad de articular un razonamiento que responda y englobe los distintos motivos, a veces muy dispares y contradictorios, que pueden haber movido a cada uno de los miembros de la Cámara a emitir su voto contrario a conceder la autorización. La posterior sentencia 206/1992, de 27 de noviembre, quizás en atención a esas razones, diluirá la exigencia de motivación formal expresa: "... no se trata tanto de que el Acuerdo adopte una `forma motivada', cuanto de que exista o quepa deducir del Acto parlamentario una motivación coherente con la finalidad de la prerrogativa parlamentaria". Esta sentencia conduce a una segunda apreciación de relieve. No basta la motivación del acuerdo de la Cámara denegatorio. Es preciso, además, que los motivos obedezcan al único fundamento constitucionalmente admisible del suplicatorio: evitar perturbaciones o manipulaciones en el funcionamiento de la Cámara legislativa. No pueden servir de razones aptas para una denegación del suplicatorio ni la naturaleza política de los hechos objeto del proceso penal, ni tratar de proteger la libertad de expresión del parlamentario fuera de los casos de inviolabilidad (S TC 206/1992, de 27 de noviembre). Tampoco lo es la estimación de las Cámaras de que el proceso carece de suficiente fundamento jurídico o de que no existen indicios bastantes. Esas valoraciones competen exclusivamente a los órganos judiciales y la Cámara no ha de entrar a valorar la inocencia o culpabilidad (S TC 90/1985, de 22 de julio). En este sentido la S TC 243/1988, de 19 de diciembre declara: "La amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede ser de tipo político y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular. La posibilidad de que las Cámaras aprecien y eviten esa intencionalidad es lo que la Constitución ha querido al otorgarles la facultad de impedir que las acciones penales contra sus miembros prosigan, y lo que permite, por tanto, la institución de la inmunidad es que las propias Cámaras realicen algo que no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional como es una valoración sobre el significado político de tales acciones". Abundando en la misma línea y realizando nuevas matizaciones la S TC 206/1992, de 27 de noviembre explica: "es claro, sin embargo, que la hipótesis de una intencionalidad hostil a la institución parlamentaria en la actuación judicial, determinante en los orígenes del instituto (*fumus persecutionis*), debe ser considerada hoy un supuesto no descartable, mas su capacidad de agotar el sentido de la institución supondría la restricción del mismo a unos límites que no parecen haber sido queridos por el constituyente... La inmunidad... responde al interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que puedan incoarse frente a sus miembros por actos producidos tanto antes como después de su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones. Ello no quiere decir que ese interés superior deba imponerse en todo caso a la prosecución de la acción de la justicia, pues habrá de depender también de la gravedad, de la trascendencia y de las circunstancias de los hechos imputados. El protagonismo, en fin de las propias Cámaras en la tarea de lograr un perfil, constitucionalmente adecuado, de la institución en nuestro derecho, es absolutamente decisivo, pero sin olvidar nunca que también a ellas alcanza la interdicción de la arbitrariedad".

Como se ve el fundamento de una denegación del suplicatorio queda reducido a los supuestos, realmente insólitos, en que la acción penal sea un instrumento para condicionar la actuación y el funcionamiento del Poder Legislativo. Y ni siquiera basta esa circunstancia: habrá que conciliar tal consideración con otras derivadas de la gravedad o trascendencia de las imputaciones. En efecto, como con acierto se ha destacado, el simple dato de que

mente, no sin recelos y reticencias esporádicas, por la concesión casi automática de las autorizaciones que se reclaman desde los órganos judiciales para proceder contra un miembro del Legislativo. Pero no puede olvidarse tampoco que no son muy lejanos en el tiempo (ahí están las actas del Senado para avalarlo: hablo del año 2000) casos de denegación de suplicatorios mediante voto secreto por hechos que revestían apariencia de delito (malversación de caudales públicos) en la última sesión de una legislatura con el perverso efecto de producir con arreglo a la norma procesal el sobreseimiento libre con fuerza de cosa juzgada: de forma que se deniega la autorización para proceder contra un senador que a su vez era Alcalde para que el Poder Judicial no alterase la voluntad de una Cámara que estaba a punto de disolverse (¡!). Hay que limitar al máximo legalmente esa institución poco armonizable con una cultura de control, fomentar esa costumbre de concesión sin discusión que sin embargo tiene excepciones. Las tentaciones del poder político para blindarse frente al judicial y crear una casta inmune a acciones penales están sobradamente demostradas y experimentadas. Basta volver la vista a alguno de nuestros países vecinos para descubrir plasmaciones reiteradas, multiformes y bien concretas de esos intentos por situarse por encima de la justicia penal respaldados muchas veces por mayorías parlamentarias y sociales.

La institución del suplicatorio no se cohonesta con facilidad con el principio constitucional de igualdad. Por eso vienen de antiguo las críticas a esta institución y los intentos de suprimirla o, al menos, reducir su eficacia a términos más tolerables. Pese a lo polémico de esta materia dada la dificultad de ensamblar armónicamente esta institución con los principios de igualdad y tutela judicial efectiva, creo que deben ser recibidos con aplauso todos los esfuerzos encaminados a la interpretación restrictiva del suplicatorio y a su cohonestabilidad con esos valores superiores del ordenamiento jurídico. Por eso discrepo de la lectura del art. 754 LECrim que considera que se impone la decisión de sobreseimiento libre cuando se deniega la autorización reclamada de la Cámara respectiva. Es verdad que los arts. 7 de la Ley de 1912 y 677 de la Ley Procesal Penal catalogan expresamente a tal sobreseimiento de libre. Tal tipo de archivo, según la doctrina más extendida, aunque no pacífica, desplegará la eficacia de cosa juzgada e impedirá cualquier nuevo intento de enjuiciamiento: no será posible ni esperar a que el diputado o senador pierdan tal *status*, ni intentar nuevas solicitudes de suplicatorio. Esta solución no es congruente con la vinculación de la inmunidad a la duración del mandato. Y se traduciría en que en ocasiones la punición o no dependerá de una circunstancia tan distante de la justicia como la paciencia o mayor o menor velocidad de los querellantes o de la tramitación judicial. Creo que era posible una lectura en clave constitucional de sos preceptos para que la suspensión del procedimiento penal fuese solo provisional, en tanto se mantiene la condición de integrante del legislativo. La otra exégesis, que es la que sige implantada ha llevado a alguna práctica parlamentaria ya aludida que pueden ser tildada de “abusiva” o “corporativa”: la denegación inmotivada de suplicatorios en la última sesión antes de la ya acordada disolución de las Cámaras, provocando un sobreseimiento libre de actuaciones penales seguidas contra senadores que en unos días iban a perder esa condición. El episodio puede no tener más relevancia que la de una anécdota. Pero revela una mentalidad de los políticos muy distante de la transparencia y sometimiento al control judicial que debieran caracterizar a la clase política. Por eso discrepo de la lectura del art. 754 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que considera que se impone la decisión de sobreseimiento libre cuando se deniega la autorización

estén sosteniendo la acción penal algunos grupos o personas con intereses o finalidades políticas, no es suficiente para denegar el suplicatorio y, de hacerse, supondría un abuso de la figura constitucional que debería ser corregido por el TC.

reclamada de la Cámara respectiva. Es verdad que los arts. 7 de la Ley de 1912 y 677 de la Ley Procesal Penal catalogan expresamente a tal sobreseimiento de libre. Tal tipo de archivo, según la doctrina más extendida, aunque no pacífica, desplegará la eficacia de cosa juzgada e impedirá cualquier nuevo intento de enjuiciamiento: no será posible ni esperar a que el diputado o senador pierdan tal *status*, ni intentar nuevas solicitudes de suplicatorio. Esta solución no es congruente con la vinculación de la inmunidad a la duración del mandato. Y se traduciría en que en ocasiones la punición o no dependerá de una circunstancia tan distante de la justicia como la paciencia o mayor o menor velocidad de los querellantes o de la tramitación judicial. Creo que era posible una lectura en clave constitucional de esos preceptos para que la suspensión del procedimiento penal fuese solo provisional, en tanto se mantiene la condición de integrante del legislativo. La otra exégesis, que es la que sigue implantada ha llevado a alguna práctica parlamentaria ya aludida que pueden ser tildada de "abusiva" o "corporativa": la denegación inmotivada de suplicatorios en la última sesión antes de la ya acordada disolución de las Cámaras, provocando un sobreseimiento libre de actuaciones penales seguidas contra senadores que en unos días iban a perder esa condición. El episodio puede no tener más relevancia que la de una anécdota. Pero revela una mentalidad de los políticos muy distante de la transparencia y sometimiento al control judicial que debieran caracterizar a la clase política.

No faltan voces que consideran inconstitucionales esos preceptos por desbordar totalmente las finalidades legítimas de la institución del suplicatorio y consideran que debe tratarse de un sobreseimiento provisional. No obstante la jurisprudencia constitucional parece haber dado por bueno el criterio legislativo que impone el sobreseimiento libre ("No cabe por tanto la posibilidad de un nuevo procesamiento, pues tal sobreseimiento, que implica los efectos de cosa juzgada, así lo impide por sí mismo": S TC 92/1985, de 24 de julio).

Sin embargo entiendo que la proliferación de fueros procesales no interfiere en la persecución de la corrupción. Puede considerarse —y yo personalmente así lo entiendo— que hay demasiados cargos con fuero procesal penal especial. Pero eso no necesariamente dificulta ni supone trabas para la persecución de estos delitos[10].

8. … SIN TRAICIONAR LAS GARANTÍAS: ARREPENTIDOS

La criminalidad de la corrupción se caracteriza habitualmente por una deliberada opacidad: ha aparecido ya esta idea, que es tópica, varias veces. Se hace difícil adentrarse en sus entresijos. Incluso que salga a la luz.

Esa realidad hace que no sean infrecuentes los supuestos en que en el origen de una investigación o un proceso por delitos relacionados con la corrupción se encuentre una denuncia de un cómplice despechado o con deseos de venganza por no haberse atendido alguno de sus requerimientos; o un distanciamiento de estrategias políticas. Las declaraciones de "arrepentidos" o "coimputados" desempeñan un relevante papel. Desde Filesa a Gurtel hay toda una serie de famosos procesos que han sido activados a raíz de las revelaciones de quienes inicialmente se movían con absoluta normalidad en la tramoya de las conductas ilícitas y que a raíz de un choque de intereses han acudido a desvelar una trama con la que hasta ese momento convivían sin escrúpulo alguno.

10 No faltan fundadísimas opiniones en contra que entienden que los fueros procesales también suponen una dificultad añadida en esa lucha aduciendo la sospecha que puede emanar del origen del nombramiento de algunso cargos judiciales (Dolz, 367).

Las declaraciones de los que podrían encuadrarse bajo la etiqueta general de "arrepentidos" son valiosas. A veces muy valiosas. Especialmente como detonante que sirve para desencadenar una investigación. No relajar las exigencias garantistas impulsados por el rechazo a la corrupción (o a la delincuencia organizada, o al terrorismo o al narcotráfico: en todas esas materias pueden aportar mucho las declaraciones de "arrepentidos") es una tensión a mantener. No puede despreciarse ese elemento probatorio, pero hay que extremar las cautelas en su valoración sin perder un filtro crítico y sin otorgar sin más todas las bendiciones a esas manifestaciones detrás de las cuales se mueven intereses muy distintos y normalmente no coincidentes con el esclarecimiento de los hechos para la sanción de los responsables. No se puede prescindir de esas declaraciones pero siempre afilando el juicio crítico.

No comparto las tesis que tienden a imponer unos requisitos casi tasados para que determinadas pruebas que en principio son "sospechosas" (así sucede con los co-imputados o con los arrepentidos) puedan ser utilizadas, tesis que llegaron a tener plasmación prelegislativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. Hay que motivar especialmente la fiabilidad que se les otorga pero no puede llegarse a un sistema que enlazaría con los superados estándares de prueba tasada en que sólo con determinados requisitos esas declaraciones podrían ser utilizadas. La doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo en ocasiones se ha deslizado por esa pendiente negando valor probatorio a determinadas declaraciones cuando no van acompañadas de algunos requisitos. Entiendo que es un tema de valoración caso a caso. Hay que apurar la motivación, hay que extremar la desconfianza, pero no puede descartarse que en ocasiones —incluso en muchas ocasiones— esas declaraciones aparezcan como prueba convincente que basta para superar el canon clásico que abre las puertas de una condena: "más allá de toda duda razonable". La reforzada necesidad de razonar la credibilidad de quien puede ser coimputado ha de acentuarse por exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías cuando se trata de declaraciones de quien puede obtener beneficios personales con la misma. Hay que razonar convincentemente la fiabilidad del coimputado, pero no creo que sean exigibles necesariamente requisitos adicionales so pena de hacer inutilizable esa declaración.

Se entra así en un pantanoso terreno sobre el que en Italia se ha debatido hasta la saciedad: las declaraciones de los arrepentidos (*Pentiti)* que en el país vecino ha sido muy utilizada no sólo en los procesos antimafia, sino también en las famosas investigaciones judiciales contra actividades de corrupción de políticos y empresarios emprendidas por la Fiscalía de Milán y agrupadas bajo al genérica etiqueta de *Mani pulite* de comienzos de los años 90 que llevaron a la forzada jubilación a toda una generación de políticos.

Siempre ha despertado polémica el otorgamiento de beneficios por la delación y desde Beccaria a Ferrajoli discurre toda una tradición de rechazo a esos métodos que encierran algo de inmoral por más que sean muy eficaces. No guardo excesiva simpatía por ellos, pero reconozco que hoy por hoy es una herramienta de la que no puede prescindirse.

Se trata de un problema que en primer lugar afecta al legislador y no al intérprete. Admitida por la ley esa mecánica el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal y varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión acreditan que en nuestro derecho está admitida y favorecida esa forma de acreditamiento. El hecho de que se deriven beneficios penológicos de la

delación ha de ser tomado en consideración pero no necesariamente puede llevar a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. Ese dato puede empañar su fiabilidad. Pero si no basta para explicarlas y, pese a ello, se revelan como convincentes y capaces de generar certeza pueden servir para dictar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado. Sólo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir una falta de credibilidad[11]

En el campo de los delitos relacionados contra la corrupción también existe en el Código Penal un ejemplo de esa fórmula: el art. 426 del Código Penal exime de la pena que pudiera corresponderle por el delito de cohecho al "particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos". El precepto es casi inédito en la práctica.

El borrador de anteproyecto de reforma procesal penal incluye también un supuesto de principio de oportunidad cuando existe contribución relevante a la persecución del delito (sobreseimiento en relación al delator[12]). Y en la reforma en ciernes del Código Penal se introduce un precepto similar al 376 para los delitos de malversación de caudales públicos (art. 434).

9. … PRISIÓN PREVENTIVA.

Si el uso de las técnicas premiales con arrepentidos es legítimo desde el punto de vista de los principios irrenunciables, aunque lo óptimo sería que se pudiese prescindir de ese tipo de fórmulas (que hoy por hoy se me antojan indispensables en materia de corrupción o de delincuencia organizada), el empleo espurio de la prisión preventiva para doblegar voluntades no puede admitirse de ninguna forma. La tentación, siempre disimulada, de caer en esa estrategia —se mantiene la prisión que se levanta cuando se confiesa o se implica a otras personas— no es de recibo. Traspasa los linderos de lo admisible en un Estado de Derecho. Si la prisión provisional se utiliza para arrancar confesiones y declaraciones se están resucitando formas de tortura que ya parecían superadas.

Pero ahí está la realidad que a veces hace sospechar del uso de esa medida cautelar con finalidades distintas de las legalmente establecidas y las constitucionalmente permisibles. La legítima y laudable tensión por acabar con la impunidad unida a la obsolescencia de las herramientas judiciales para perseguir fenómenos delictivos vinculados a la corrupción es campo abonado para que el Instructor busque atajos que igualen las armas a blandir en un combate en el que una de las partes (imputados con abundantes recursos financieros y muchas veces con importantes apoyos políticos) aparece en un

---

11 El Tribunal Constitucional ha afirmando que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (Autos 1/1989, de 13 de enero o 899/1985, de 13 de diciembre). Igualmente la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (sentencias de 14 de febrero de 1995, 29 de octubre de 1990, 28 de mayo de 1991, 11 de septiembre de 1992, 25 de marzo de 1994, 23 de junio de 1998 o 279/2000, de 3 de marzo).

12 "Cuando el autor o participe en el hecho punible pertenezca a una organización o grupo criminal y sea el primero de los responsables en confesar el delito, si ha prestado plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma ha sido de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado" o "cuando un particular denuncie un delito de cohecho o tráfico de influencias del que sea autor o participe y el sobreseimiento del delito cometido por el particular facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público".

primer momento en situación de franca superioridad. El uso y abuso de las garantías procesales legítimas (inundar de recursos unos órganos judiciales no preparados para absorber esa premeditada y estratégica incontinencia forense); y la pulsión de otros resortes menos legítimos (utilización espuria de los poderes legislativos; blindaje más allá de las fronteras nacionales en paraísos fiscales de los rendimientos económicos del delito; manejo de los medios de comunicación; presiones más o menos sibilinas a testigos; activación de toda la capacidad de influencia mediática o política…) pueden provocar y provocan una comprensible tentación: solo si se dispone de medidas capaces de contrarrestar esa artillería pesada, el proceso penal podrá llegar a buen término obteniendo en un plazo razonable la reacción justa que determina el ordenamiento. Ejemplos de que no siempre se logran sobrepasar esos bien construidos "cortafuegos" que el poder financiero, económico o político de personas implicadas en corrupción levantan delante de ellos vienen enseguida a la cabeza. En nuestro país y en otros países cercanos.

Dejarse arrastrar por ese empeño en dar una respuesta eficaz y ejemplar en el ámbito judicial a la corrupción puede arramblar con algunas garantías y límites del Estado de Derecho que se ha tardado tiempo en conquistar. El uso desviado de la prisión preventiva con finalidades no admisibles es un ejemplo de lo que no debiera nunca suceder. En Italia precisamente en los procesos de Tangentópoli (ZANCHETTA, 85 y ss) se rozaron, si no se traspasaron abiertamente en algunos casos, los fines legítimos de la privación de libertad provisional incurriendo en excesos que seguramente, como apostilla Ferrajoli, no desmerecen en conjunto del "mérito histórico" (ZANCHETTA, 89) de haber restituido la vigencia del principio de sometimiento del poder público a la ley. Pero de cualquier forma la utilización instrumental que se hizo de la prisión preventiva para constreñir al investigado a colaborar[13] no es un ejemplo a seguir por más que estuviese alentado por razones de eficiencia y exista capacidad para revestir argumentalmente en clave correcta, aunque de simple apariencia, esas decisiones.

Pero nótese como en ese terreno cabe detectar un signo bien elocuente de la capacidad de reacción del poder político que cuando se ve amenazado por procesos penales acaba volviendo la vista a las garantías procesales que tenía olvidadas y surgen leyes y jurisprudencia que afilan y refuerzan los derechos del sujeto pasivo del proceso penal. No es casual que la reforma de la prisión preventiva en nuestro ordenamiento introduciendo en ella el principio acusatorio llegase en unos momentos en que proliferaban las causas contra personajes económica y políticamente importantes. Las matizaciones hasta el detalle de la prescripción y sus plazos e interrupción se ha generado al hilo de procesos concretos seguidos contra personas con apellidos nada vulgares. La jurisprudencia sobre la necesidad de cubrir un mínimo de garantías en las intervenciones telefónicas arranca del conocido Auto *Naseiro.* Hasta *Filesa* no existía demasiada preocupación por la falta de garantías inherente a la inculpación implícita en el procedimiento abreviado (Andrés, 108).

10. INEFICIENCIA PROCESAL

La ineficiencia de la justicia penal frente a los fenómenos de corrupción es patente. Llegan condenas, pero llegan muy tarde, tras largos y farragosos procesos. Hace unas

13 Era práctica común que el Fiscal reclamase del juez de la investigación preliminar la medida de prisión provisional y con posterioridad el arresto domiciliario o la puesta en libertad tras modificar la negativa por una actitud de colaboración, de forma que el periodo de prisión que se sufría era más breve cuanto más rápida fuera la admisión de las propias responsabilidades y el descubrimiento de la identidad de otros eslabones (ZANCHETTA, 92), aunque externamente se argumentase, de forma muy poco convincente., que no era prisión para "hacer hablar", sino decaimiento de la necesidad de preservar los medios de prueba mediante la prisión, cuando se había confesado.

semanas, uno de los últimos días del año 2013 se dictó sentencia por el TS resolviendo el recurso de casación y poniendo el punto final dentro de la jurisdicción ordinaria a un escándalo de corrupción que estalló en la segunda mitad de los años noventa y del que ya nadie se acuerda pese a que en su día tuvo consecuencias políticas nada desdeñables. Las investigaciones se dilatan: se reiteran diligencias, las causas van engordando. A medida que aumenta su volumen se hacen más inmanejables y se ralentizan todavía más. Se acumula documentación cuyo examen y sistematización se hace engorroso. Lo que podríamos llamar efecto "cereza" es frecuente en estas causas: mientras se tira del hilo siguen apareciendo conductas y muchas veces más imputados. En las investigaciones iniciadas por la Fiscalía especializada contra delitos relacionados con la corrupción se triplican las actuaciones: las declaraciones se efectúan primero ante el Fiscal, luego ante el Instructor y finalmente en el juicio. Hay muchas veces duplicidad de instrucción a causa del poco claro modelo procesal.

Todos esos factores eternizan la investigación y postergan el enjuiciamiento con merma de otra de los elementos necesarios para hacer eficaz el efecto disuasorio del derecho penal: la prontitud (Robinson, 93). El efecto disuasorio de una pena no depende solo de su magnitud y de su probabilidad. También influye su proximidad temporal. La dilación entre la infracción y la sanción reduce drásticamente el efecto de pevención de la norma penal.

Por eso la lucha contra la corrupción desde el ámbito penal no puede dejar de constatar esas deficiencias y tratar de buscar paliativos. Se ha dicho con razón (NIEVA, 1) que la configuración decimonónica de nuestro proceso penal es inservible para este tipo de dlincuencia llegándose a propuestas que pueden parecer inconoclastas: superar la estructrua procesal tradicional borrando en estos casos la división entre instrucción y juicio oral. Se propugna una investigación plenamente contradictoria y juicializada, o al menos sin dejar en exclusivas manos de la policía la investigación; y evitando reiterar las declaraciones gabadas y practicadas con todas las garantías, que se constituiría ya en material probatorio valorable (Nieva).

Sin llegar a soluciones tan revolucionarias, aunque bien fundadas, sí es obvio que algo debe hacerse. Me atrevo a sugerir alguna idea.

a) Por una parte, y pese a mi casi visceral antipatía hacia lo que se ha llamado pomposamente "justicia consensuada", creo que una vez aceptada por el sistema ha de ser i) aflorada, es decir hacerse transparente y legal de forma que los beneficios penales no sean clandestinos o fruto de voluntaristas propuestas, sino algo legalmente fijado y judicialmente controlado; ii) flexibilizada desde el punto de vista subjetivo y objetivo, esto es, permitida también cuando es subjetivamente parcial y con independencia de la gravedad del delito; iii) encorsetada cronológicamente, es decir, privada de todo beneficio a partir de un momento que puede ser el del señalamiento del juicio oral. Estas tres ideas, que en general son acogidas por el BCPP, me invitan a muchas modulaciones y matizaciónes. Pero no es este lugar para hacerlas: en otros momentos he expuesto con más profundidad mis ideas sobre esta materia.

b) Variar el régimen de los delitos conexos. En la actualidad los delitos conexos han de enjuiciarse conjuntamente (arts. 300 y 17 LECrim). Eso implica que hasta que no esté aclarada toda la actividad delictiva con todas sus derivaciones y esclarecidas todas las responsabilidades (delimitados e identificados todos los autores), no se puede proceder al enjuiciamiento. En estos supuestos la actividad no suele ser puntual, sino con muchas derivaciones, desarrollada en un tiempo largo y con muchos implicados. Sucede con frecuencia que van apareciendo

hechos muy claros con responsables muy claros, pero no se puede proceder al enjuiciamiento rápido aunque no sean necesarias ulteriores investigaciones en cuanto a esas conductas, porque quedan por ventilar muchas otras vinculadas o, identificar a otros implicados. El TS ya en la sentencia de Banesto (STS 29 de julio de 2002) llamó la atención sobre esto invitando a flexibilizar la interpretación de esos preceptos de la Ley. Si no las investigaciones de prolongan eternamente y además se diuyen: en los casos de delincuencia económica compleja la sentencia aconseja separar en la medida de lo posible las distintas conductas delictivas, siempre que sea posible una valoración penal fragmentada, por obvias razones pragmáticas y de eficacia. Alguna resolución más reciente del TS se hace eco de esa recomendación (ATS de 26 de septiembre de 2012). En la jurispudencia se ha llegado a distinguir entre una conexidad necesaria y una conexidad por razones de conveniencia (vid. STS de 5 de marzo de 1993 y en la misma línea de relativización de la necesidad de enjuiciamiento conjunto, STS 471/1995, de 30 de marzo o STS 578/2012, de 26 de junio). Si los arts. 17 y 300 LECrim responden a razones de agilización de trámites y celeridad, no debe procederse a esa acumulación o, al menos, ha de interpretarse restrictivamente el art. 17.5º, cuando de la misma solo se van a derivar dilaciones. En el BCPP se relativiza la necesidad de enjuiciamiento conjunto[14]. Conforme un hecho o un partícipe está esclarecido se procede al enjuiciamiento sin esperar a hacer acopio de todos los elementos. Esto se combina con otras dos medidas: un principio de oportunidad para prescindir de perseguir hechos cuando en los casos de pluralidad de delitos la repercusión penológica sería nula; y una previsión en fase de ejecución semejante a la del actual art. 988 para aplicar todas las reglas concursales cuando el enjuiciamiento haya sido fragmentado, también las del delito continuado (art. 74 CP) y del concurso ideal (art. 77 CP), como mecanismo para ajustar las penas si se hace necesario. Es decir "trocear" los procesos en la medida que sea factible el enjuiciamiento separado, sin perjuicio de correctivos ulteriores.

c) Introducir la posibilidad de diferir las responsabilidades civiles a un proceso civil posterior (o, en su caso, en un incidente contradictorio en fase de ejecución). Mantenerlas anudadas de forma inexorable al proceso penal, salvo reserva, hace a veces un flaco servicio a la justicia pues retrasa todo el enjuiciamiento. Los hechos penales pueden estar claros y contarse con elementos sobrados para el enjuiciamiento de naturaleza penal, pero ser muy premioso y dificultoso determinar todo el alcance de las resposanbilidades civiles. El único mecanismo de relajación de ese rígido sistema en nuestro proceso penal actual —art. 115 CP— es marcadamente insuficiente. Cuando el esclarecimiento de las resposnabildiades civiles lastra el enjuciamiento penal debía ponerse en manos del Juez Instructor la posibilidad de declararlo así motivadamente, para poder concluir la instrucción en los apectos exclusivamente penales, hacer una reserva a los perjudicados de oficio de las acciones civiles y proceder al enjuicimaiento penal. De esa forma no se atrasa éste por una cuestión que a veces no va a tener de hecho trascendencia (pues resulta insolvente) y tampoco se causan tantos perjuicios. La sentencia penal llega pronto

14 "Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.

Los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa si no resulta inconveniente por razón de la excesiva complejidad o dilación que pueda derivarse de la acumulación.

Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo Tribunal, podrán ser enjuiciados en la misma causa si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulta conveniente para evitar esfuerzos y gastos superfluos, cuando no suponga excesiva complejidad ni dilación para el proceso".

con lo que eso tiene de ejemplaridad y además servirá luego para un procedimiento civil que no será muy costoso pues los hechos en sus trazos gruesos estarán ya fijados por la sentencia penal que vincula en esos términos al orden civil. Y si es insolvente no será necesario porque no compensa ni siquiera indagar sobre ello.

11. MINISTERIO FISCAL Y CORRUPCIÓN

El Ministerio Fiscal con su principio de unidad de actuación puede ser útil para paliar algunos de los déficits que se atribuyen a los Jueces de Instrucción al investigar estos delitos y en general todos los relacionados con la delincuencia organizada y económica. El poder judicial por definición es disperso. Una lucha eficaz frente a algunos fenómenos de corrupción requiere coordinación y una visión integral y no fragmentaria que un aislado juzgado de instrucción no está en condiciones de ofrecer. La intervención activa del Ministerio Fiscal con una red de miembros coordinados y no encorsetados por la rigidez del partido judicial, en los que pueden impulsarse ámbitos de especialización se revela como un instrumento más eficiente.

Con sus muchas luces y algunas sombras, la creación de la Fiscalía para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción (1996), luego convertida por mor de la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007 en Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada; y del Fiscal coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo (Ley 10/2006, de 28 de abril) han representado un hito en la investigación y persecución de estas infracciones. Cada una de ellas tiene fiscales delegados en los distintos territorios.

El problema del Ministerio Fiscal en materia de lucha contra la corrupción estriba en las dudas que genera una figura todavía demasiado asociada al Poder Ejecutivo. Un excesivo protagonismo especialmente en materias que con facilidad tienen derivaciones políticas genera suspicacias, fundadas o no, pero reales. Sin una modificación a fondo de la estructura orgánica del Ministerio Fiscal que refuerce no solo su autonomía frente al Ejecutivo, sino también la percepción de esa autonomía por parte de la sociedad, no se está en condiciones de avanzar más por ese terreno. Otra vez puede buscarse el ejemplo de Italia: precisamente allí desde el poder político se ha tendido a limitar la autonomía de los fiscales. A esos intentos no es ajena cierta inconfesada esperanza de que de esa manera se podrá controlar más eficazmente el poder judicial y manejar e influir en los procesos penales que se dirigen contra personas de la vida pública frente a las que surgen sospechas de responsabilidad criminal. El traspaso de las funciones de investigación de los delitos al Ministerio Público exige por eso algunas garantías, equilibrios y contrapesos. La asignación de las funciones de investigación al Ministerio Fiscal sería algo seguramente deseable desde la perspectiva de la eficiencia en la lucha contra fenómenos de corrupción: en esa dirección apunta inequívocamente el borrador de Código Procesal Penal de 2013 (BCPP) elaborado por una comisión de expertos por encargo del Gobierno. Pero exigiría como paso previo ineludible una profunda reforma estatutaria que tiene mucho que ver con el fortalecimiento de su autonomía en dos dimensiones:

En dos direcciones habría que profundizar:

a) *Ad extra,* lo que significa blindar la institución como tal frente a injerencias de otros Poderes del Estado, singularmente el Poder Ejecutivo. Es necesario impermeabilizar al Fiscal General del Estado frente al Gobierno, creando mecanismos reales y efectivos que alejen la permanente sospecha de que sus actuaciones obedecen a criterios partidistas. Relaciones institucionales leales y receptividad frente a las indicaciones generales de Política Criminal que puedan exigir instru-

mentos procesales (la política criminal no se agota ni muchísimo menos en las actuaciones ante los Tribunales) son compatibles con un reforzamiento de la autonomía del Fiscal para que no sea percibido socialmente como una *longa manus* del Ejecutivo.

b) *Ad intra,* lo que debe traducirse en la introducción de fórmulas que sin quebrar el principio de unidad de actuación y el de dependencia jerárquica, instrumental respecto de aquél, contrapesen las atribuciones del Fiscal General del Estado. El poder interno del Fiscal General del Estado no puede ser algo omnímodo, concebido al modo militar. El principio de jerarquía interna de rango constitucional (art. 124) es compatible con el establecimiento de pesos y contrapesos, y equilibrios en los mecanismos para zanjar las discrepancias en una Carrera formada por profesionales del derecho a los que se exige una alta preparación técnica y que han de acoplarse a unas obligaciones de neutralidad e imparcialidad. Es necesario afianzar cierta autonomía de los integrantes del Ministerio Fiscal sin merma del principio de unidad de actuación. No puede abandonarse exclusivamente al buen criterio de quien en cada momento ostenta el cargo de Fiscal General del Estado el respeto por esa autonomía. No se trata tanto de reducir los poderes del Fiscal General del Estado, como de establecer equilibrios (potenciación de los órganos de asesoramiento, atemperación de sus facultades, cautelas para garantizar objetividad en la carrera profesional, sistema transparente en la atribución de asuntos…).

Estos puntos no son abordados por el BCPP. Escapan de su marco. Está en estudio una nueva reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto de LECrim 2011 (conocido como Anteproyecto "Camaño") sí que creaba para dotarle de ciertas garantías la figura del Fiscal encargado de cada asunto. No es fórmula desechable. El contenido de la regulación era acertado. No obstante es cierto que no es tanto materia de una legislación procesal general cuanto de la normativa orgánica.

Uno de los puntos clave de esa deseable reforma cmplmentaria estatutaria radica en las relaciones entre el Fiscal General del Estado y el Gobierno que lo propone. Dentro de esa temática la piedra de toque será alcanzar un sistema de nombramiento que garantice la autonomía del Fiscal General del Estado y, como consecuencia de ello, de toda la institución del Ministerio Fiscal, frente al Poder Ejecutivo. A nivel de reflexión doctrinal predomina en nuestro entorno la idea de un Ministerio Fiscal desvinculado del Poder Ejecutivo. Así se plasmaba en la declaración de principios sobre el Ministerio Fiscal del MEDEL.

Los sistemas legales de estructuración del Ministerio Fiscal se apartan en muchos casos de ese ideal teórico. Precisamente eso ha llevado a la Recomendación (2000) 19 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre el Papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal para intentar elaborar criterios que acerquen los diversos sistemas con el norte en todo caso de dulcificar la eventual dependencia gubernamental e introducir garantías —transparencia, publicidad, motivación— que la hagan más tolerable.

El Fiscal General del Estado es nombrado a propuesta del Ejecutivo, oído el Consejo General del Poder Judicial. Tras la última reforma estatutaria (2007) la ligazón que se establece entre la suerte del Gobierno y la del Fiscal General del Estado invita a presumir el interés de éste en que aquél perdure el mayor tiempo posible, aunque desde luego la modificación, aunque se haya quedado corta, mejora mucho la situación precedente en que el Gobierno podia cesar al Fiscal General del Estado en cualquier momento. El

establecimiento de un plazo de mandato para el Fiscal General del Estado en la reforma de 2007 ha sido un avance, pero insuficiente: siempre se anuda su suerte a la del Gobierno que propuso su nombramiento. La comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior previa al nombramiento del candidato a Fiscal General del Estado (art. 29 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: EOMF) es otro fruto de esa reforma. Tiene mucho de símbolo (lo que no significa minusvalorar los símbolos que son importantes en estos temas) y poco de efectividad en la profundización de la imparcialidad del Fiscal General del Estado o la implicación real del Parlamento en su nombramiento. Los precedentes sobre ese tipo de comparecencias no son muy prometedores. No por ello creo que deba rechazarse esa innovación, aunque sin poner en ella más esperanzas de las debidas: de ese trámite cabe esperar lo que cabe esperar y nada más.

El nudo gordiano estriba en el cese del Fiscal General del Estado. La reforma de 2007 sentó la imposibilidad de renovación en el cargo del Fiscal General del Estado y la fijación de un plazo de cuatro años de mandato. La modificación es acertada, apunta en la buena dirección pero debería haber ido más lejos. Es una garantía de independencia pues evapora un subliminal deseo de complacer al Poder Ejecutivo acrecentado por la aproximación del término del mandato. Pero se desaprovechó una ocasión espléndida para acometer de verdad una reforma de la configuración del Fiscal General del Estado que reforzase de manera definitiva su imagen de imparcialidad. Para ello se me antoja imprescindible fijar un plazo de mandato no coincidente con el de una legislatura. Mi propuesta sería un plazo de cinco años junto con la previsión de la censura parlamentaria como causa de cese (exigiéndose la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados).

Otro punto de interés para abordar es la regulación de la forma en que el Fiscal ha de adoptar decisiones sobre las actuaciones interesadas por el Gobierno o en que aparezca implicado alguno de sus miembros. Formalmente la reforma del EOMF de 2007 ha avanzado también en esta materia. Se mantiene la necesidad de que el Fiscal General del Estado oiga a la Junta de Fiscales de Sala antes de resolver sobre las actuaciones interesadas por el Gobierno (art. 8 EOMF) aunque su criterio no sea vinculante. Además se introduce otra garantía: la necesidad de esa previa audiencia también cuando el Fiscal General del Estado vaya a impartir una orden o instrucción que afecte directamente a algún miembro del Gobierno.

No obstante materialmente el resultado puede ser el contrario al aparentemente buscado. Esa relativa mayor intervención de la Junta de Fiscales de Sala en las decisiones del Fiscal General del Estado se ve devaluada por el debilitamiento de las funciones de los órganos colegiados del Ministerio Fiscal y en particular del Consejo Fiscal. Su informe favorable en la legislación anterior era vinculante a la hora de nombrar a un Fiscal de Sala. Por tanto la competencia del Fiscal General del Estado para establecer la composición de la Junta de Fiscales de Sala estaba muy contrapesada. Esa interpretación del Estatuto Orgánico (art. 13) fue contradicha por un Fiscal General del Estado en tesis que luego recibiría el refrendo de la jurisprudencia (sentencia de 13 de abril de 1998 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que no obstante iba a acompañada de muchos votos particulares). Finalmente la reforma de 2007 zanjó las dudas consagrando con claridad la libertad del Fiscal General del Estado para proponer al ascenso a Fiscal de Sala a la persona que estime oportuna sin sujeción al criterio del Consejo Fiscal. Si esa Junta de Fiscales de Sala tiene ese protagonismo en asuntos "sensibles" se capta enseguida que surgirá en cualquier Fiscal General del Estado la inmediata tentación de hacer los nombramientos oportunos para asegurarse un criterio favorable de ese órgano colegiado. Por otra parte tenderá a atribuir los asuntos que afecten al Gobierno a fiscales a los que no "necesite dar instrucciones" o pueda hacerlo sin que éste re-

clame la activación del mecanismo estatutario previsto para las discrepancias con las instrucciones recibidas.

Hasta aquí lo relativo al reforzamiento de la autonomía de la institución considerada como tal, y frente a influencias externas. En otra dimensión se movería una paralela fortificación de las condiciones que garantizan la neutralidad e imparcialidad de cada Fiscal. Eso a mi juicio debe discurrir por tres frentes diferentes.

El primero, la potenciación de las facultades de los órganos colegiados con la consiguiente reducción del poder cuasi omnímodo del Fiscal General del Estado en materia de nombramientos lo que le confiere un ascendiente sobre los fiscales que es caldo de cultivo idóneo para posiciones dóciles en que no plegarse a una sugerencia del Fiscal General del Estado se convierta casi en una heroicidad o un suicidio profesional.

Las últimas reformas del Estatuto han expandido enormemente los criterios de discrecionalidad en la designación de cargos y en general en lo que es la conformación de la carrera profesional, combinados con la temporalidad de las Jefaturas y la necesidad de su periódica renovación. En todos los casos, a pesar de que deba opinar el Consejo Fiscal, legalmente el Fiscal General del Estado tiene absoluta libertad para el nombramiento o la renovación o no renovación. Aunque esta opinión no es compartida por muchos, considero que el excesivo poder que depositó en el FGE y el Gobierno la reforma del EOMF de 2003 para el cese y nombramiento o renovación de jefaturas y la profundización que se ha hecho de eso en la modificación de 2007 por quienes se opusieron a aquélla, ha generado efectos perniciosos. El sistema no crea un clima adecuado para un ejercicio independiente de las funciones fiscales, y está necesitado de paliativos que contrapesen los poderes del Fiscal General del Estado y del Gobierno de turno en ese sistema de nombramientos para evitar que responda a criterios ajenos a los profesionales como los puramente políticos.

El segundo, la objetivación de los criterios para atribuir asuntos a cada fiscal, sin perjuicio de mantener la capacidad de nombramientos *ad hoc* pero siempre con el respaldo del Consejo Fiscal que asegurará la objetividad de esa elección (para lo que sería necesario dotar de mayor contenido a la audiencia que se otorga al Consejo Fiscal en el art. 23 EOMF).

Y el último sopesar y valorar mecanismos para evitar presiones sobre asuntos particulares: bien fomentando la transparencia (comunicación por escrito de las órdenes particulares del Fiscal General del Estado sobre asuntos concretos en tramitación, especialmente las que supongan cancelar una investigación o no formular una acusación, dación de cuenta de las mismas al Consejo Fiscal), bien mediante otras posibles fórmulas que en todo caso debieran ser matizables (como la limitación de la capacidad del Fiscal General del Estado al dictado de órdenes generales pero no sobre asuntos concretos: tema éste que en todo caso debiera ser meditado pues puede suponer recortar demasiado el poder de dirección que ha de tener en todo caso el Fiscal General del Estado para no desvirtuar la naturaleza de la institución y hacerla derivar hacia modelos de independencia de cada fiscalía que el derecho comparado ha demostrado que tampoco son los ideales, aunque sin duda hayan reportado algunos efectos beneficos).

El último informe de evaluación sobre españa del GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupciòn) emitido el 15 de enero de 2014 contiene alguans sugerencias que sintonizan bien con lo que acabo de exponer: pide reconsidersar el nombramiento directo y periodo de mandato del Fiscal General, y establecer procedimientos legales claros para garantizar transparencia en las comunicaciones entre el Gobierno y la Fiscalía General.

12. ACCIÓN POPULAR Y CORRUPCIÓN

Un contrapeso al excesivo poder de un Ministerio Fiscal con sutiles ligazones con el Poder Ejecutivo viene constituido por la institución de la Acción Popular de honda raigambre española y desde 1978 con rango constitucional. También ha jugado y juega un papel importante y nada desdeñable en asuntos de corrupción funcionando como acicate del celo del Ministerio Fiscal, o a veces con clara función de suplencia de una aparente o real desidia investigadora de aquél.

Ciertamente es mucho más abundante el número de ocasiones en que la acción popular es utilizada de manera abusiva, tratando de judicializar la vida política o nutriendo a auténticos profesionales de la acción penal que presentan querellas o denuncias por cualquier noticia que, aunque sea remotamente, pueda guardar alguna relación con el Código Penal. La búsqueda de protagonismos y portadas, o a veces un puro afán chantajista (que también hay casos) constituyen las coordenadas en las que se sustenta realmente ese "interés" por la justicia.

Esos abusos han provocado el clima actual en que la acción popular está en "horas bajas" y desprestigiada entre autores y, sobre todo, entre políticos.

Pese a esa innegable realidad, considero un acierto de nuestro sistema ese "exotismo" de la acción popular. Su constitucionalización impone ciertos límites a la generalizada tendencia que se palpa en la actualidad para limitarla o reducirla a algo puramente simbólico a rastras siempre del Fiscal. Los beneficios de esa institución son mayores que los puntos que habría que anotar en el *debe*, que no son pocos.

Mi idea sobre la acción popular queda bien reflejada en unas palabras debidas al Juez Holmes aunque escritas en otro contexto: "*Cierto grado de abuso es inseparable del uso adecuado de todo y en nada es esto mas patente que en el uso de la libertad de prensa. Por ello la práctica de los Estados ha decidido que es mejor dejar unas pocas ramas perjudiciales desarrollarse a placer que, podándolas, lesionar el vigor de las que dan frutos adecuados. Los funcionarios públicos, cuyo carácter y conducta están abiertos a debate y libre comentario de la prensa, encuentran sus remedios ante acusaciones en falso en procedimientos acogidos a las leyes de libelo y calumnia que prevén satisfacciones y castigo y no en procedimientos para limitar la publicación de la prensa*".

La cita está entresacada de una conocida sentencia del Tribunal Supremo Americano de comienzos de los años 30 que declaraba contraria a la 1ª Enmienda toda limitación previa a la libertad de expresión. Evoca la parábola evangélica del trigo y la cizaña. Aunque se está refiriendo a la libertad de prensa, el pensamiento sirve para romper una lanza en favor de la acción popular. Esa idea del legendario Magistrado americano expresa bien que la constatación de los abusos no es argumento suficiente para abolir una institución que ha demostrado ser un eficaz contrapeso en algunos casos puntuales pero muy significativos.

La acción popular es una herramienta que contrapesa la eventual "permeabilidad" del Fiscal General del Estado y por derivación del Ministerio Fiscal a los intereses del Poder Ejecutivo. La acción popular supone una muy relevante fórmula de control y también de complemento al poder de acusar del Ministerio Fiscal. Su presencia ha servido para alentar y estimular la investigación en esos procesos en que el Fiscal puede verse inclinado a una postura más pasiva. Es verdad que son más bien escasas las ocasiones en que se ha llegado a una sentencia condenatoria a instancia exclusiva de la acusación popular y en contradicción con la petición absolutoria del Fiscal. Aunque algunas existen. Pero no son necesarios muchos esfuerzos para que vengan a la memoria bastantes

asuntos con un relieve nada despreciable en que estaban implicados los aparatos del poder político —a veces de otros países— en los que ha sido la presencia de la acción popular la que ha permitido al Instructor mantener el temple en la investigación y culminar con éxito la instrucción pese al perfectamente descriptible entusiasmo investigador del Ministerio Fiscal. No es aventurado pronosticar que en otras condiciones algunos de esos procesos no hubiesen llegado a buen puerto, y se hubiesen visto abocados al sobreseimiento. La personación de ciudadanos instando diligencia y haciendo de "voz de la conciencia" de la acusación pública ha dado buenos frutos democráticos pues ha fortificado la independencia del Poder Judicial y, también indirectamente, ha servido para dotar de mayor autonomía al Fiscal frente al Poder Ejecutivo. La acción popular blinda también en cierta medida al Fiscal de presiones políticas.

De nuevo hay que decirlo: ¡claro que existen abusos! Pero ¡qué pena si por salir al paso de esos abusos se acaba también con esos ricos beneficios! Tratemos de reducir los abusos. Adviértase, por una parte, que nunca por la exclusiva voluntad de un acusador popular alguien puede sentarse en el banquillo. Siempre será necesario que un Juez independiente decida que esa acusación es razonable y que una Sala de justicia formada por tres magistrados haya avalado esa decisión si fue recurrida (el juicio de acusación es siempre exigible). Los acusadores no públicos pueden moverse en virtud de intereses políticos, de venganza, o económicos (como sucede cuando es la víctima que quiere reclamar una indemnización). Muchos de esos intereses son legítimos. No son los que deben inspirar a la Administración de Justicia, pero nada se opone a que muevan a particulares a personarse en un proceso penal. Serán los Jueces quienes resolverán sobre si las pretensiones alentadas por esos intereses merecen acogida desde el punto de vista estricto de la Justicia y de la legalidad. Si coinciden con las exigencias de la justicia penal, ¡bienvenida sea esa colaboración, cualesquiera que sean sus motivaciones! Y si una acusación popular —o particular— se adentra en el terreno de la mala fe (arts. 11 LOPJ y 247 y 4 LECivil), o del derecho penal (chantaje), reprímase esa conducta. Pero, queriendo acabar con el abuso, no asfixiemos el uso.

Es verdad que la posibilidad de que el perjudicado por el delito ejerza la acusación sin limitación alguna, subsiste. Pero también lo es que en muchos delitos —singularmente aquellos en que la acusación popular despliega un papel más relevante— no puede hablarse de perjudicado directamente por el delito (el delito urbanístico o los delitos relacionados con prácticas corruptas constituyen un buen ejemplo). Todos somos perjudicados: lo es la sociedad y no debía privarse a ésta de esa posibilidad de suplir una eventual inactividad de su representante natural —el Ministerio Fiscal— ante los Tribunales, que puede encontrarse en una situación de proximidad a los intereses del Gobierno a quien debe su nombramiento el Fiscal General.

Si en los primeros años del régimen constitucional se tendió a alentar el ejercicio de esa acción (reconociendo legitimación a las personas jurídicas o resaltando que la fianza exigible para su ejercicio no puede ser desproporcionada), ahora parece que se ha iniciado la trayectoria inversa, comenzando a desandar el camino avanzado. El poder político constituido —al margen de cual sea su ideología— tiende a contemplar con buenos ojos toda medida que recorte iniciativas que escapan a su control, directo o indirecto. Ojalá que el buen trigo no quede sepultado por la incontrolada —y a veces interesada— obsesión por no consentir el abuso.

En mi opinión el BCPP que se dio a conocer a comienzos del año 2013 y que es tan solo una propuesta y no un texto asumido por el Ministerio o el Gobierno, contiene en relación a esta materia una aceptable regulación, no plegádose a las numerosas voces que querían confinar esta institución a un papel meramente simbólico: el míni-

mo imprescindible para que pueda argumentarse que se respeta su mención constitucional. Se reducen los legitimados (solo personas físicas con exclusión expresa de los partidos políticos y sindicatos: art. 70 BCPP), y se reduce el campo de los delitos en los que puede operar. Pero en su funcionalidad mantiene toda su operatividad. Constatado que en el listado de delitos se encuentran precisametne aquéllos en que *a priori* la acusación popular puede desempeñar ese importante factor de contrapeso —entre los que destacan los delitos relativos a la corrupción de funcionarios públicos y los delitos de urbanismo o contra el medio ambiente— es asumible la regulación (art. 71 BCPP).

Estimular en lugar de dificultar las formas de participación directa de los ciudadanos en el ejercicio de los poderes es lo propio de una sociedad que quiere profundizar en la democracia. Será eso señal de que siguen presentes esas mínimas dosis de idealismo necesarias para creer en ciudadanos que por encima de sus propios intereses quieren contribuir a la realización de la justicia. Esa fe que hacía decir a SOLÓN que la ciudad mejor regida es "*aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa*". Apostillando al sabio de Grecia, añade PLUTARCO "*Concedió indistintamente a todos el poder presentar querella en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o quería de citar o perseguir en juicio al ofensor; acostumbrando así el legislador a los c a todos el poder presentar querella en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o quería de citar o perseguir en juicio al ofensor; acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo*".

BIBLIOGRAFÍA

Andrés Ibáñez, P. "*Tangentopoli* tiene traducción al castellano" en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción.* Trotta, Madrid, 1996.

Asencio Mellado, "El delito de enriquecimiento ilicito" en *Notario,* julio-agosto, 2010, 16-21.

Del Rosal Blasco, "Corrupción y delincuencia Urbanística" en *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson-Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2008, 162-177.

Dolz Lago, "El delito de tráfico de influencias ante la Lucha contra la Corrupción política en España", La Ley, Wolters Kluwer, 2014.

Erice Martínez, E., "Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del Derecho Penal" en *Corrupción y Urbanismo (Cuadernos penales José María Lidón)* num. 5, Deusto, Bilbao, 2008, 68-89.

García Mexía, P., "La corrupción en España", en *Nueva Revista,* num. 106, julio-septiembre 2006, 37-51.

Heidenheimer, A.J., "Perspectivas on the Perception of Corruption" en VVAA *Political Corruption,* A. Handbook, New Brunswick (citado por García Mexía).

Huber, B., "La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional", *Revista Penal La Ley.* Núm. 11, enero, 2003, 41-52.

Jiménez Sánchez, F., "La corrupción urbanística en España" en *I Jornadas de delincuencia medioambiental en Canarias,* enero, 2010.

Jiménez Villarejo, C, "Contra la corrupción: más transparencia, más prevención" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* 9, 2006, 531-551.

Nieva Fenoll, J, "Proceso Penal y Delitos de corrupción" en InDret penal 2/2013, marzo 2013. www.indret.com

Otero, P, “Posibles soluciones jurídico-penales ante el crimen organizado: Narcotráfico y Terrorismo”, texto mecanografiado de un artículo en lengua inglesa facilitado amablemente por la autora.

Prieto Del Pino, “Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol”, en *Corrupción y Urbanismo (Cuadernos penales José María Lidón)* num. 5, Deusto, Bilbao, 2008, 92-121.

Robinson, P.H., “Principios distributivos del Derecho Penal (A quién debe sancionarse y en qué medida)”, Marcial Pons, 2012.

Ródenas Molina, “Corrupción urbanística. El cohecho urbanístico” en *I Jornadas de delincuencia medioambiental en Canarias,* enero, 2010.

Rodríguez Fernández, I. *Demolición por delito (El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal).* Granada: Comares, 2009.

Rodríguez García; N., “La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción” en *La Corrupción en un mundo globalizado: análisis interdicisplinar.* Ratio Legis, Salamanca, 2004, págs. 241 a 272.

Rodríguez López, F., “¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho?” en *La Corrupción en un mundo globalizado: análisis interdicisplinar.* Ratio Legis, Salamanca, 2004, págs. 15 a 26.

Valeije Álvarez, “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contrra la administración pública en materia de corrupción urbanística” en *Corrupción y Urbanismo (Cuadernos penales José María Lidón)* num. 5, Deusto, Bilbao, 2008, 35-59.

VVAA, *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar, (*Coordinadores Rodríguez García y Fabián Caparrós) Ratio Legis: Salamanca, 2004.

Zanchetta, P.L., “*Tangentopoli* entre perspectivas políticas y soluciones judiciales” en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción.* Trotta, Madrid, 1996.

EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y LA LIBRE DESIGNACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (y II)

Nicolás MAURANDI GUILLÉN

V. LA PROFUNDIZACIÓN DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN LA NUEVA JURISPRUDENCIA

Esa profundización se ha llevado a cabo precisando los casos en que la motivación resulta obligada; señalando el contenido que ha de tener dicha motivación; exigiendo que las valoraciones técnicas respeten el canon de la racionalidad; y admitiendo, en las pruebas de tipo test, el control referido a si en ellas se respetaron las exigencias inherentes a la singular configuración de las mismas.

1. La necesidad de motivar el juicio técnico

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los *aledaños* de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio del Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007, rec 545/2002**,**

"(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio dequese trate.

Lo anterior, aplicado al presente litigio, cuyos aspectos principales quedaron descritos en el segundo de los fundamentos de esta sentencia, impide admitir como válida esa eliminación de la recurrente en el tercer ejercicio que encarna aquí la cuestión de fondo del proceso.

La recurrente en esta casación reclamó la explicación de las razones de su eliminación y, frente a la única que reconoce le fue comunicada, formuló su expresa impugnación, que

acompañó con una exposición de las razones con que la sustentaba y con una referencia a la prueba que podía justificar dichas razones.

La misma impugnación fue luego planteada en el proceso jurisdiccional, esta vez acompañada también de una prueba destinada a justificarla, y esta prueba no fue eficazmente rebatida por la Administración demandada.

Esa impugnación planteada frente a la calificación no ha recibido respuesta de la Administración y tampoco de la Sala de instancia.

Por lo cual, debe anularse la sentencia recurrida que así procedió y examinarse por este Tribunal Supremo esa impugnación de la calificación que fue planteada como cuestión central en el proceso de instancia.

El resultado de ese examen tiene que ser la estimación de la pretensión principal que fue deducida en la demanda presentada en el proceso de instancia. Así debe ser porque la razón aducida en apoyo de dicha impugnación no ha sido directamente combatida, como tampoco lo ha sido la prueba aportada para justificarla; y esta prueba, que tiene un aval técnico en razón de la cualificación de las personas que la suscriben, tampoco ha sido cuestionada en cuanto a su autenticidad.

Estimación que debe consistir en su inclusión en el último lugar en la relación de aprobados por no haber reclamado otro orden diferente."

2. El contenido de la motivación

La última jurisprudencia del TS, sobre todo la referida a nombramientos de altos cargos jurisdiccionales y también la atinente a concursos de personal docente universitario, se ha preocupado de definir cual debe ser el contenido de esa motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (1) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (2) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (3) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Hay una primera sentencia que merece ser especialmente resaltada porque, en relación al nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo, explica cuales son las limitaciones que se derivan en esta materia para el Consejo General del Poder Judicial como consecuencia de la necesidad de respetar los postulados constitucionales a la que viene obligado y, también, cuales son las exigencias que, en lo referido a la motivación legalmente obligada para esos nombramientos, se derivan de esas limitaciones.

Se trata de la STS de 27 de noviembre de 2007, rec. 407/2006, que razona lo siguiente:

"OCTAVO**.-** Es cierto que el Consejo General del Poder Judicial dispone, como ya se ha dicho, de una amplísima libertad para ejercer la potestad que constitucional y legalmente tiene atribuida en orden a los nombramientos de cargos judiciales.

Una amplísima libertad que claramente descarta que pueda esta Sala sustituirlo en los elementos básicos del núcleo material de la decisión que sólo a dicho Consejo corresponde adoptar.

Pero esa libertad no es absoluta. Tiene unos límites que representan un mínimo inexcusable y están constituidos por unas exigencias que resultan imprescindibles para demostrar que el ejercicio de esa potestad respetó estos mandatos constitucionales que seguidamente se expresan.

Que el acto de nombramiento no fue mero voluntarismo y cumplió debidamente con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE).

Que respetó, en relación a todos los aspirantes, el derecho fundamental de todos ellos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE).

Y que el criterio material que finalmente decidió el nombramiento se ajustó a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad para "el ascenso y promoción profesional de los Jueces y Magistrados dentro de la Carrera Judicial", expresamente proclamados

por el artículo 326.1 de a LOPJ; y, sobre todo, presentes en el artículo 122.1 de la propia Constitución cuando, como subraya la tan repetida Sentencia de 29 de mayo de 2006 del Pleno de esta Sala, establece el sistema de carrera para jueces y magistrados "(...) entendido como un "cursum honorum" en el que se desarrolla una progresión profesional (...) que está igualmente vinculada a los principios de mérito y capacidad, que resultan proyectables sin reservas sobre los cargos judiciales".

Las exigencias en que se traducen esos límites mínimos son estas dos, respectivamente de carácter sustantivo y formal, que a continuación se señalan.

La exigencia sustantiva consiste en la obligación que tiene el Consejo General del Poder Judicial, a la vista de las singulares plazas convocadas y los concretos aspirantes que participen en la convocatoria, de identificar claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento; y en el concreto caso de plazas de Magistrado del Tribunal Supremo reservadas a los turnos de la carrera judicial, como es el presente, tiene la obligación también de explicar la significativa relevancia que ha otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables.

La exigencia formal está referida a estas tres obligaciones que también pesan sobre el Consejo: la de expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado para indagar cuales podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes; la de asegurar que el criterio de selección de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado rectamente el principio constitucional de igualdad; y la de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento.

NOVENO**.-** La consecuencia lógica de todo lo afirmado anteriormente es que será en el Informe de la Comisión de Calificación donde deberán estar presentes esas exigencias sustantivas y formales que han sido señaladas como inexcusables.

Dicho Informe deberá contener una descripción de las fuentes de información que han sido utilizadas, en relación a todos los solicitantes (y, en su caso, en relación también al candidato que pueda ser propuesto a pesar de no haberlo solicitado inicialmente), para constatar el mérito y capacidad específicamente referido al trabajo jurisdiccional desarrollado; lo que sin duda obligará a haber examinado un número significativo de resoluciones jurisdiccionales.

También habrá de consignar los específicos criterios de mérito y capacidad que, a la vista de la singular convocatoria de que se trate y de las circunstancias constatadas de los participantes, han sido considerados preferentes para elaborar la relación de candidatos que es elevada al Pleno.

Y por lo que en particular se refiere a los candidatos finalmente incluidos en esa relación, señalará las concretas actividades jurisdiccionales y extrajurisdiccionales que han sido tenidas en cuenta para apreciar en ellos la concurrencia en mayor medida de aquellos criterios de preferencia; y mediante su contraste con las actividades de parecida índole concurrentes en los otros aspirantes, el informe expresará también cuáles son las razones por las que se otorga prioridad o superior valor a las de los incluidos en la relación.

En definitiva, lo que ha de intentar conseguirse es, primero, que la valoración profesional a realizar tenga un soporte básico o material que la sustente y, segundo, que los datos y hechos que encarnen ese soporte material se establezcan con criterios objetivos de búsqueda y selección que sean aplicados por igual a todos los aspirantes.

Sobre este particular es procedente afirmar que lo establecido en los artículos 136 de la LOPJ y 73 del ROF/CGPJ no permiten sentar la conclusión de que la información que haya de recabar la Comisión de Calificación tenga unas pautas formalistas rigurosamente tasadas.

Por el contrario, ambos preceptos tienen más bien un carácter enunciativo de las variadas fuentes de información que podrán ser utilizadas para la calificación, de modo que en este punto es amplia la libertad del Consejo para acudir a las que considere más idóneas, siempre, por supuesto, que no se desprecien u omitan aquellas que razonablemente puedan ser valoradas como las más aptas para obtener el fin perseguido de alcanzar un sólido conocimiento de los méritos de cada uno de los solicitantes.

Mas esa libertad en lo que se refiere al Informe de la Sala de Gobierno requiere esta mati-

zación: los términos del artículo 136 de la LOPJ imponen al Consejo hacer una específica referencia al mismo, sin perjuicio de su libertad para dar prioridad a otras informaciones cuando estime que son más completas o cuando aquel Informe no exista o lo considere insuficiente (como ocurrirá cuando no cumpla con lo que expresamente establece ese precepto de que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados)."

Son también expresión de esa jurisprudencia las siguientes sentencias:

La STS de 10 de octubre de 2007, rec. 337/2004 (sobre concurso para un puesto de trabajo en uno de los órganos del CGPJ) y la STS de 17 de enero de 2008, rec 257/2004 (sobre concurso de méritos para el acceso en la carrera judicial por el denominado "cuarto turno"), que se expresan en términos muy parecidos sobre los elementos que ha de contener la motivación.

La primera de ellas se expresa así:

"NOVENO**.-** Sin embargo, la falta de motivación que se denuncia sí merece ser acogida por todo lo que se explica a continuación en este y en el siguiente fundamento.

La motivación, tratándose de procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, requiere, según establece el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 LRJ/PAC, que, en todo caso, queden "acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte"; texto legal que es aplicable a los procedimientos tramitados por el Consejo General del Poder Judicial en virtud de lo que dispone el artículo 142.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, por su parte, en su artículo 137.5 también establece lo siguiente: "Los acuerdos de los órganos del Consejo siempre serán motivados".

Partiendo de ese presupuesto normativo, lo que seguidamente procede es determinar cuál es el contenido que en el procedimiento litigioso deberá ofrecer ese requisito de motivación para que pueda considerarse debidamente observado.

La solución debe buscarse tomando en consideración, como primera premisa, que en el concurso aquí litigioso hay dos clases de méritos valorables: unos cuya constatación y puntuación no permiten margen de apreciación para el Tribunal calificador, por estar definidos y cuantificados de una manera taxativa; y otros que sí permiten ese espacio de apreciación, al estar enunciados en la convocatoria a través de conceptos indeterminados necesitados de ser individualizados en cada caso y porque para su cuantificación se permite recorrer un tramo de puntuación hasta el máximo establecido.

A esta segunda modalidad pertenecen los méritos generales que figuran en la norma cuarta de la convocatoria en sus puntos 1.2.2 (desempeño de puestos de trabajo que guarden similitud en el contenido técnico y especialización con el convocado) y 1.3 (Cursos de formación y perfeccionamiento); y la experiencias que como mérito específico aparecen en el punto 2) de esa misma norma cuarta.

Mientras que los méritos restantes son encuadrables en la primera modalidad.

La segunda premisa que deberá tenerse en cuenta es que la convocatoria, en el último inciso de esa norma cuarta, permite, después de una valoración inicial y provisional de los méritos, resultante de la documentación presentada, que los aspirantes sean convocados para realizar una entrevista y una prueba que decidirá la puntuación definitiva que habrá de otorgárseles.

DÉCIMO**.-** Desde esas premisas anteriores, habrá de convenirse que una adecuada motivación lo que exigirá es que en el expediente figure una explicación, por parte del Tribunal de Calificación, de cuales fueron los pasos seguidos y las razones ponderadas para llegar a las cifras finales en que hayan sido cuantificadas las valoraciones atribuidas a los méritos de cada concursante; pues sólo así podrá comprobarse si el juicio de valoración que fue realizado, dentro de ese margen de apreciación que permitía la convocatoria, estuvo guiado por razones dirigidas a buscar las capacidades, conocimientos y experiencias que mejor se adaptaban al puesto convocado; y si, paralelamente, debe quedar descartada la existencia de arbitrariedad (artículo 9.3 CE).

Esta explicación, en el caso aquí enjuiciado, debía comprender, al menos, lo siguiente:

(1) Criterios que fueron preestablecidos por la Comisión para la ponderación y valoración

de los méritos que no tenían tasada su puntuación en la convocatoria (los méritos generales de los puntos 1.2.2 y 1.3 de la norma cuarta y los méritos específicos del punto 2 de esa misma norma cuarta).

(2) Expresión de los méritos generales y específicos que les fueron considerados y valorados a los aspirantes de entre los que hicieron constar en la instancia de participación en el concurso y en la documentación acompañada a ella; y expresión también de aquéllos otros que no lo fueron y de la razón de dicha exclusión.

(3) Puntuación otorgada a cada uno de los méritos ponderados y explicación, en su caso, de cuál fue el criterio preestablecido que fue aplicado para llegar a esa concreta puntuación.

(4) Descripción del resultado de la entrevista realizada y razón considerada, con base en ese resultado, para modificar la inicial valoración de los méritos y efectuar la valoración definitiva.

El examen del expediente administrativo remitido a este proceso jurisdiccional no permite constatar una explicación que cumpla con todo lo que acaba de exponerse, por lo que, como ya se avanzó, no cabe tener por debidamente observado el requisito de motivación y procede un pronunciamiento anulatorio para que sea subsanado dicho incumplimiento."

La STS de 19 de mayo de 2008, rec 4049/2004 (concurso de provisión de plazas de Profesor Titular de una Universidad)

"SÉPTIMO.- Procede ahora abordar cual es el alcance o significación que ha de darse a la motivación que comporta ese informe razonado sobre la valoración que (...) merece cada concursante dispuesto por el repetido artículo 9.7 del RD 1888/1984 y, más concretamente, que elementos deberán constar en ese informe para que, a través de él, pueda considerarse debidamente cumplido el requisito de motivación.

Lo primero que a este respecto debe declarase es que la específica motivación de que aquí se trata está llamada a justificar, en términos de mérito y capacidad, que el aspirante finalmente seleccionado ostenta una preferencia frente a los demás.

Lo segundo a subrayar es que, según se desprende de una lectura global del RD 1888/1984, los elementos que deben ponderarse en los concursos de que aquí se trata, como expresivos del mayor mérito y capacidad que debe decidir la selección, son estos: (a) las concretas actividades investigadoras y docentes que hayan sido reflejadas en el currículum vitae de los distintos aspirantes; (b) el proyecto docente; (c) el resultado que haya sido apreciado en la exposición oral realizada en la primera prueba; y (d) el tema de la especialidad del área de conocimiento elegido por el aspirante que haya sido objeto de exposición en la segunda prueba.

Lo tercero a destacar es que la prioridad entre los candidatos debe decidirse mediante un contraste de cada uno de esos elementos y expresando las concretas razones y criterios que han sido tenidos en cuenta para atribuir una superior estimación cualitativa a dichos elementos.

Y lo cuarto a resaltar es que, como consecuencia de todo lo anterior, no es una motivación aceptable la que se limite a emitir abstractos juicios de valor que no detallen las concretas actividades a que son referidas, ni tampoco el criterio cualitativo que determine esa valoración.

OCTAVO.- En línea con lo que acaba de exponerse, el debido cumplimiento de la motivación inherente a ese informe razonado sobre la valoración que (...) merece cada concursante, dispuesto por el repetido artículo 9.7 del RD 1888/1984, exigirá que ese informe consigne respecto cada candidato estos elementos:

1. Los concretos criterios tenidos en cuenta para realizar la estimación cualitativa de las actividades investigadoras y docentes alegadas por los candidatos en su currículum vitae.

En relación con esos criterios la Comisión Examinadora goza del amplio margen que corresponde a toda actividad encuadrable dentro de la llamada discrecionalidad técnica, hasta el límite que significa la interdicción de la arbitrariedad, pero debe fijarlos señalando con claridad en qué consisten.

Pudiéndose señalar aquí con mero carácter ejemplificativo una relación de algunos de ellos. Así: la importancia del problema que haya sido objeto de investigación en cada uno de los trabajos aportados como méritos; la innovación que el resultado de esa investigación

haya significado en la rama de saber de que se trate; el reconocimiento de que haya sido objeto cada trabajo en los círculos científicos; el prestigio que, según datos objetivos, sea de apreciar en el centro de enseñanza o congreso de que se trate en el caso de méritos docentes o consistentes en asistencias a esos congresos; etc.).

2. La enumeración detallada de todos y cada uno de los trabajos y actividades aducidos como méritos científicos (como publicaciones, ponencias, etc) y de las distintas experiencias o servicios invocados como méritos docentes.

3. La explicación en cada uno de esos singulares méritos científicos y docentes, y también en el proyecto docente y en el tema desarrollado en la segunda prueba, de lo siguiente: cual ha sido el concreto criterio de estimación cualitativa que ha sido aplicado y cual es el resultado de valoración al que se ha llegado como consecuencia de esa aplicación.

Las anteriores exigencias no son de apreciar en los informes razonados que fueron emitidos en los concursos aquí litigiosos, pues se limitaron a realizar calificaciones abstractas y globales sin detallar el juicio valorativo que merecía cada uno de los méritos, ni tampoco el concreto criterio seguido para la estimación realizada."

3. El juicio de racionalidad como derivación del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad y la exigencia que comporta de que las diferencias de valoración de los méritos no rebasen el límite de lo tolerable.

STS de 16 de mayo de 2008, rec. 10015/2003

"La cuestión principal que suscita ese tercer motivo de casación que acaba de reseñarse es si esa valoración de lo establecido en el epígrafe 7.2.e) de las bases de la convocatoria fue efectivamente arbitraria y, por ello, no sólo contraria al artículo 9.3 CE, sino sobre todo opuesta al 23.2 , en relación con el 103.3, del propio texto constitucional, y en consecuencia nula por aplicación de lo establecido en el artículo 62.1ª) de la Ley 30/1992 (LRJ/PAC).

Cuestión que ha de examinarse con especial cuidado en las singulares circunstancias de este litigio, donde, como se refleja en el relato del primer fundamento de esta sentencia, el aquí recurrente Sr. Eduardo en la fase de concurso aventajó al Sr. Juan Ramón con casi cinco puntos de diferencia (36,55 frente a 31,75) y luego, en el resultado final del proceso selectivo, el Sr. Juan Ramón tan sólo obtuvo una ventaja de 0,10 puntos (45,40 frente a 45,30).

Y ese cuidado ya aconseja avanzar que, cuando las diferencias de resultado hayan de ser tan estrechas, la razón que determine la preferencia final deberá estar sólidamente justificada y, además, ser inequívoca su conformidad con las bases que según la convocatoria rijan el proceso selectivo.

Tras las precisiones que anteceden las consideraciones que proceden son éstas:

1. La llamada discrecionalidad técnica que corresponde a los órganos calificadores tiene, como uno de sus límites, la observancia del mandato constitucional de la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), cuyo reverso positivo es ajustar la actuación administrativa a pautas de racionalidad que sean claramente visibles sin necesidad de los saberes especializados que acotan esa discrecionalidad técnica.

Y la observancia del principio de igualdad que, también por imperativo constitucional (artículos 14 y 23 CE), es obligada en todo proceso de acceso a la función pública, lleva inherente esta otra exigencia: que las dudas que se susciten sobre el alcance que haya de darse a las bases o normas de la convocatoria deberán ser interpretadas en un sentido equilibrado que favorezca por igual a todos los aspirantes.

2. Es doctrina del Tribunal Constitucional (expresada en la STC 73/1998, de 31 de marzo, que cita otras anteriores, entre ellas las SsTC 67/1989 y 185/1994) la de que el artículo 23.2 CE impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública ningún requisito o condición que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad. Pero, también, la de que la conexión existente entre el acceso en condiciones de igualdad y el acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad aconseja controlar, para evitar una diferencia irracional o arbitraria entre los concursantes, la valoración que haya sido dada a algún mérito en concreto. Doctrina que se completa con la declaración de que los méritos que sean

tomados en consideración no pueden tener una dimensión cuantitativa que rebase el límite de lo tolerable.

3. Cualquier usuario particular de aplicaciones informáticas, sin necesidad de tener los conocimientos propios de un profesional de esa específica materia, sabe que el paso del sistema Dos al sistema Windows no exige cursos de especialización para quien haya manejado con asiduidad la informática, y que uno y otro sistema no son extraños entre sí, por haber sido el segundo un punto de evolución o avance de lo que fue el primero. Como también sabe que esa adaptación de un sistema a otro ofrece mucha menos dificultad a quienes reúnan las titulaciones de Licenciado en Informática o Ingeniero Superior Informática (que son las que exigía la convocatoria del proceso selectivo litigioso). Y en razón de todo ello así mismo advierte con naturalidad que los conocimientos en el Sistema operativo Dos son claramente útiles para el Sistema Windows y que la misma utilidad debe predicarse de las experiencias docentes que se tengan en el primero de esos dos sistemas operativos.

4. Las bases de la convocatoria litigiosa, dentro del mérito del epígrafe 7.2.e), denominado Formación personal, se limitan a considerar el hecho de haber impartido como profesor cursos en relación con el temario expuesto en el anexo de las bases, sin ninguna otra precisión. Y en dicho temario es cierto que varios de sus temas se dedican directamente a los sistemas operativos Windows (los temas 2 a 18) y UNIX (los temas 24 a 28), pero hay muchos otros que dentro del total de 80 temas no se refieren a dichos sistemas y hay también algunos temas que no serían totalmente ajenos al Sistema operativo Dos, como es el 1, referido al concepto, evolución y tendencias de los sistemas operativos (mencionados genéricamente), o el 66 (Herramientas de Informática personal) y el 67 (El ordenador personal en el marco de la informática corporativa).

5. El Tribunal calificador, para valorar la relación con el temario de los cursos de informática impartidos por el Sr. JR, tuvo en cuenta los temas 66 y 67 que, como resulta de lo que acaba de expresarse, versan genéricamente sobre las “Herramientas de Informática personal” y “El ordenador personal en el marco de la informática corporativa”, y no incluyen referencias a concretos sistemas operativos, programas o aplicaciones.

6. Todo lo anterior, trasladado al caso enjuiciado, revela que no obraron con criterios similares para ambos aspirantes, y fueron también desproporcionadas, las decisiones administrativas (primero la del Tribunal Calificador y después las del Ayuntamiento) que hicieron una interpretación y aplicación de las bases consistente en la absoluta no valoración de ninguno de los cursos impartidos por el Sr. Eduardo (no sólo los del sistema operativo Dos) y en la valoración sin ningún condicionamiento o matización de los que se refieren a los sistemas WINDOWS o UNIX, interpretación y aplicación la señalada que fue lo que determinó la ventaja final del Sr. JR frente al Sr. ED.

7. No utilizaron criterios similares para ambos aspirantes porque los concretos temas 66 y 67 tomados en cuenta para apreciar la relación de los cursos impartidos con el temario no incluían ninguna referencia a ningún determinado sistema operativo, ni tampoco incluían ninguna cláusula sobre la fecha a tomar consideración respecto de la actualidad o vigencia exigible en la materia a que se referían ambos temas.

Y porque, faltando en las bases una precisa definición de cual debía ser el nivel o grado de relación que los cursos impartidos debían de tener con el temario, la duda suscitada con esta cuestión (que las actuaciones demuestran existieron en el Tribunal Calificador, ya que rectificó su inicial valoración de los méritos) debió resolverse, como antes ya se ha adelantado, buscando una solución equilibrada para ambos aspirantes.

8. Esas decisiones fueron también desproporcionadas, y rebasaron con ello ese límite de lo tolerable señalado por el Tribunal Constitucional, por la exagerada diferencia que establecieron entre el valor de unos y otros cursos.

Si se entendía que los cursos no referidos a los sistemas Windows y UNÍX (entre ellos el sistema operativo Dos), pese a no ser ajenos al temario, no guardaban con este la misma relación, el respeto de dicho límite de lo tolerable lo que aconsejaba era modular la aplicación de las bases con esa interpretación constitucional que resultaba obligada.

El Tribunal Calificador primero, haciendo uso de la facultad reconocida de interpretar las bases de la convocatoria, y el Ayuntamiento después, al resolver finalmente el proceso se-

lectivo, así lo debieron hacer; esto es, venían obligados a establecer un criterio hermenéutico para resolver las dudas que, aún atribuyendo un diferente valor a unos y otros cursos, no despreciara de forma absoluta los cursos impartidos del sistema dos ni tampoco cualquier otro que tuviera vinculación con el ordenador personal y, por el contrario, sí los puntuara con una proporción adecuada a su valor; tomando en consideración para ello, por un lado, la proximidad existente entre los dos sistemas operativos de que se viene hablando y, por otro, que los dos epígrafes del temario tomados en consideración no contenían limitación alguna sobre sistemas, programas o aplicaciones utilizables en los ordenadores personales.

9. Ese criterio hermenéutico, cuya necesaria observancia por imperativo constitucional acaba de apuntarse, habría conducido a reconocer al Sr. ED, por el epígrafe 7.2.e) de las bases, una puntuación necesariamente superior a la pequeña diferencia de 0,10 puntos con que finalmente le aventajó el Sr. JR.

Y esto porque, en un criterio de comparación bastante riguroso para el Sr. ED, una razonable proporción aconsejaría atribuir a cada uno de sus cursos al menos un cuarto del valor de los asignados a los cursos del Sr. JR, y, procediendo así, la puntuación final de cada uno de los aspirantes habría sido esta: 46, 55 puntos el Sr. ED (resultado de sumar, a los 45, 30 que le reconocieron, la cifra de 1, 25 por el total de sus diez cursos a razón de 0,125 cada uno); y 46,40 el Sr. JR (resultado de reconocerle el máximo de 4 puntos por la totalidad de sus cursos impartidos)."

4. Una específica profundización en la definición de los contornos del juicio de discrecionalidad técnica: la exclusión también de dicho juicio técnico del control relativo a si fueron respetadas las exigencias que son inherentes a la singular configuración de las pruebas de tipo tests.

STS (Sala 3 Sección 7) de 18 de mayo de 2007, rec. 4793/2000:

"Es cierto que la jurisprudencia refiere esa *discrecionalidad técnica* a aquellas constataciones de cualidades o datos que han de realizarse mediante valoraciones guiadas por los parámetros o criterios que son propios de un saber especializado y, simultáneamente, viene reconociendo la improcedencia de la revisión jurisdiccional de los juicios o dictámenes técnicos que estén situados dentro del margen de polémica sobre la solución correcta que se estima tolerable por los expertos del correspondiente sector de ese saber especializado.

Como también lo es que el error evidente y la arbitrariedad son los supuestos que se vienen señalando como expresivos del excepcional control jurisdiccional.

Todo lo cual equivale a declarar que caen fuera del ámbito de dicha *discrecionalidad técnica* las apreciaciones que, al estar referidas a errores constatables con simples comprobaciones sensoriales o con criterios de lógica elemental o común, no requieren esos saberes especializados.

Esa delimitación que acaba de exponerse, acerca de cual es el espacio propio de la *discrecionalidad técnica*, ya debe decirse que ha sido respetada por la sentencia recurrida. Así lo revela el texto de la misma que antes fue transcrito.

La razón principal de su pronunciamiento anulatorio no ha consistido en realizar una revisión del juicio de valoración técnica realizado por el Tribunal Calificador en el ejercicio de su cometido de corrección de las pruebas litigiosas.

El control jurisdiccional de la Sala de instancia ha estado referido a este otro problema: los requisitos que han de ser observados en la modalidad de pruebas de conocimientos a que pertenecen las aquí litigiosas, y ello al margen de la específica materia o disciplina sobre la que puedan versar (jurídica en el caso enjuiciado); y el resultado del control judicial así realizado ha consistido en exigir, en dichas pruebas, una cota máxima de precisión para la formulación tanto de las cuestiones como de la respuestas alternativas que sean ofrecidas respecto de cada una de esas cuestiones.

Dicha actuación judicial se ha movido dentro del territorio que corresponde a la función jurisdiccional y además lo ha hecho correctamente, por lo que se va a explicar a continuación.

Porque ha estado referida a una materia, la representada por la determinación de los requisitos de precisión exigibles a las pruebas de conocimientos de que se viene hablando, cuya

valoración se puede efectuar con pautas de racionalidad común y, consiguientemente, sin la necesidad de servirse de conocimientos especializados.

Y porque el criterio de racionalidad aplicado no puede tildarse de desacertado o arbitrario, al haber consistido en ponderar, respecto de esas pruebas de conocimientos, un dato, una meta y una exigencia (en aras de esa meta) que dificilmente son objetables con el parámetro de una lógica elemental.

El dato es la específica configuración que tienen esas tan repetidas pruebas, consistente en que lo único permitido al examinando es elegir una de las varias alternativas propuestas, sin que le sea posible un desarrollo expositivo que manifieste las razones de su opción.

La meta consiste en evitar situaciones en las que, por ser claramente equívoca o errónea la formulación de la pregunta o de las respuestas, existan dudas razonables sobre cual puede ser la respuesta correcta y, por dicha razón, carezca de justificación racional aceptar la validez solamente de una de ellas.

Y la exigencia tiene que ser una exactitud y precisión tal en la formulación de las pruebas que haga inequívoca cual es la respuesta más acertada entre las diferentes opciones ofrecidas, para de esta manera evitar esa situación de duda que acaba de apuntarse.

Junto a lo anterior, debe destacarse que los errores o defectos de formulación apreciados por la Sala de instancia para invalidar esas seis preguntas a las que antes se hizo referencia no son el resultado de complejas valoraciones técnicas suceptibles de encarnar, dentro del sector especializado, ese margen de polémica tolerable a que antes se hizo referencia.

En unos casos, se trata de errores de transcripción tipográfica de normas o de la incorrecta mención del número del precepto que pueden ser detectados a través de una simple lectura material; y en otros, de indebidas omisiones y ambigüedades en la pregunta formulada o en las respuestas ofrecidas que son advertibles mediante esa simple lectura o mediante la aplicación de conceptos muy básicos de la rama jurídica a que está referido el ámbito de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa (es lo que ocurre con las preguntas sobre el cómputo de los plazos y la responsabilidad de los funcionarios).

La relevancia de esos errores debe aceptarse por ser todos ellos capaces de suscitar muy fundadamente una duda en el examinando.

Así debe apreciarse en aquellas preguntas que incluían como una de las respuestas alternativas el definir como no correctas las restantes, porque en ellas cualquier omisión, ambigüedad o error de transcripción en las normas mencionadas sugería muy razonablemente esa respuesta; también en las que en todas sus respuestas faltaba la total literalidad del precepto transcrito, porque no ofrecían un criterio seguro para detectar y elegir la correcta; y lo mismo cabe decir respecto de la que señalaba erróneamente la fecha de una disposición, porque podía invitar al examinando a plantearse si debía descartar la respuesta correspondiente a esa disposición que realmente se quiso mencionar.

Igualmente debe subrayarse, como ya ha hecho en otras ocasiones esta Sala, que el parámetro de racionalidad, en los términos que han quedado expuestos, es el reverso positivo de la interdicción de la arbitrariedad que proclama el artículo 9.3 de la Constitución. Por lo que el caso ahora enjuiciado sí tiene encaje en esos supuestos de arbitrariedad que antes han sido mencionados como expresivos del excepcional control jurisdiccional permitido en la clase de actuaciones administrativas a la que pertenece la que aquí es objeto de litigio."

STS de 12 de marzo de 2008, rec. 3151/2003 (oposición libre para plazas de Agentes Bomberos del Servicio de Incendios de un Ayuntamiento).

"TERCERO**.** Esta Sala efectivamente tiene declarado que la arbitrariedad es uno de uno de los supuestos que se vienen señalando como expresivos del excepcional control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica, como también tiene dicho que la racionalidad es el reverso positivo del mandato de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el artículo 9.3 de la Constitución (una muestra de esta doctrina es la sentencia de 18 de mayo de 2007, Casación 4793/2000, que precisamente aborda la cuestión de la posibilidad del control jurisdiccional, con pautas de racionalidad común, de unas pruebas tipo test).

Y debe recordarse así mismo que otro de los límites que rigen en las actuaciones administrativas encuadrables en esa discrecionalidad técnica, y cuya observancia también puede

ser objeto de control jurisdiccional, son los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la igualdad del artículo 14 CE.

Desde la premisa que significa lo anterior, debe compartirse la anulación que fue preconizada por el recurrente de la anulación de esas tres polémicas preguntas en las que posteriormente fue admitida para los aspirantes que las contestaron más de una respuesta válida.

Así ha de ser considerado porque esa es la solución que resulta más acertada siguiendo pautas de racionalidad común y, también, tomando en consideración las exigencias que son inherentes al derecho a la igualdad.

En relación a lo que acaba de afirmarse, merece recordarse que la especial configuración de las pruebas tipo test consiste en disponer una sola respuesta para cada pregunta entre varias alternativas, sin permitir a las personas que las realizan ningún comentario aclaratorio de su opción, y en disponer también una penalización para quienes, en lugar de no contestar, no eligen la respuesta válida.

Y lo que de ello se deriva es que, existiendo fundadas dudas sobre cual debe ser la respuesta elegida (y así ocurrirá cuando varias de ellas razonablemente puedan considerarse acertadas en relación con lo preguntado), la conducta más coherente en términos de lógica con la naturaleza de las pruebas será considerar mal formuladas las respuestas y no responder para evitar la penalización; y, por esta razón, perjudicar a quienes así hayan procedido con un claro fundamento racional, frente a los que, contrariando la naturaleza de la prueba, contestaron desde el presupuesto de que podían ser consideradas como correctas más de una pregunta, significa seguir una solución de desigualdad carente de una razonable justificación."

5. La apreciación de desviación de poder cuando los méritos concretos establecidos en la bases de la convocatoria de un concurso no están justificados y favorecen de manera evidente al aspirante nombrado.

STS de 25 de marzo de 2004, Recurso núm. 223/2003**,** sobre convocatoria para proveer el puesto de trabajo de "Jefe de Servicio de Personal en el Consejo de Estado**:**

"La alegación principal que realiza el recurrente para sostener la desviación de poder que invoca como principal motivo de impugnación es que la configuración de la convocatoria litigiosa favoreció indebidamente a la persona que resultó adjudicataria (….) y, por esta razón, se apartó de la meta constitucional de realizar la designación en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 CE).

Como circunstancias expresivas de ese favorecimiento señala las siguientes:

—la Sra. (…) desde julio de 2001 ocupaba en comisión de servicios el puesto convocado;

—la Convocatoria litigiosa fue modificada en relación a la anterior siguiendo las pautas establecidas en una Memoria justificativa, del Jefe de los Servicios Administrativos del Consejo de Estado, que fue emitida el 1 de marzo de 2002, es decir, con posterioridad a la designación para esa comisión de servicios:

—los cursos señalados en el Anexo I de la Convocatoria litigiosa para concretar el Mérito General 1.3 de *Cursos de formación y perfeccionamiento* coincidieron literalmente en su denominación con los que fueron alegados y aportados por (….) , y se apartaron de los habían sido establecidos en la convocatoria anterior de 1996 (que, sobre *Cursos*, estableció: *Tratamiento de textos "word perfect" 5.1*);

—sobre la titulación valorable como mérito específico la convocatoria litigiosa también introdujo modificaciones, sin justificar debidamente, en relación a esas otras convocatorias que antes se mencionaron, relativas tanto al puesto de Jefe del Servicio de Personal Nivel 26 como al de Jefe de Sección Nivel 22 ; y

—los términos iniciales de la Convocatoria litigiosa limitaron ese mérito específico únicamente a la titulación que poseía la Sra. Marina Martínez de Diplomado en Ciencias Empresariales.

(….) La realidad de esas circunstancias alegadas por el recurrente que han quedado descritas se constata en el expediente y en la documentación aportada junto a la demanda.

Dichas circunstancias, además, revelan todo lo que se expresa a continuación.

Que la modificación de la convocatoria litigiosa se ajustó muy directamente al singular perfil académico y profesional de (….).

Que esa modificación, en lo que afectaba a los *Cursos de formación y perfeccionamiento* valorables como méritos generales, careció de una explicación de por qué se acotó taxativamente su denominación -con el resultado de coincidir con los cursos acreditados por (…)- y, paralelamente, por qué su enunciado no se limitó a consignar de manera genérica las materias sobre las que podían versar los cursos.

Que esa misma modificación tampoco justificó por qué no se aceptaron todas las materias que tuvieran relación con las funciones del puesto y los conocimientos que señaló la Memoria Justificativa redactada por el Jefe de los Servicios Administrativos del Consejo de Estado.

Y que igualmente faltó la justificación para la modificación sobre la titulación constitutiva del mérito específico consistente en incluir como tal una de inferior nivel académico (la Diplomatura); y esa falta de justificación, sobre la ponderación de un título inferior como mérito específico, se ve acompañada de un hecho que resulta ilógico y por ello hace más visible la falta de justificación: que en un puesto que es inferior en el organigrama administrativo se sigue manteniendo la Licenciatura universitaria como único mérito específico valorable.

Todo lo cual ofrece una base suficiente para formar la convicción de que la convocatoria que es aquí objeto de polémica no estableció debidamente las condiciones que resultaban necesarias para alcanzar el objetivo que costitucionalmente resultaba obligado, según los antes mencionados artículos 23 y 103.3 CE, y produjo por ello el resultado de un nombramiento que no se ajustó a ese canon constitucional.

Y en consecuencia obliga a acoger la desviación de poder denunciada por la parte demandante. (…)

Tras lo anterior, queda por determinar cuales deben ser las consecuencias de la anulación que resulta procedente.

Pues bien, la anulación debe tener como finalidad colocar a todos los participantes en una situación de igualdad y decidir el nombramiento con rigurosa observancia de los principios de mérito y capacidad. Y esto, a su vez, exige lo siguiente: excluir como méritos las titulaciones y cursos de formación o perfeccionamiento cuya exigencia no esté debidamente justificada o signifique para alguno de los participantes un plus de ventaja para su singular trayectoria que igualmente carezca de explicación.

Lo anterior, aplicado al caso enjuiciado, impone modificar los méritos valorables incluidos en la convocatoria en los términos siguientes: (…)"

VI. EL CASO ESPECIAL DE LOS NOMBRAMIENTOS JUDICIALES DISCRECIONALES

La jurisprudencia inicial sobre los requisitos sustantivos y formales exigibles en estos nombramientos, principalmente representada por la STS de 27 de noviembre de 2007 (Rec. 407/2006), ha sido posteriormente matizada y completada en la doble dirección que a continuación se expone.

1. La distinción que debe hacerse entre cargos puramente jurisdiccionales y cargos mixtos jurisdiccionales-gubernativos

Está presente en la STS de 18 de mayo de 2010, Recurso núm. 186/2009, cuyo FJ octavo declara:

"El nombramiento controvertido en el actual proceso jurisdiccional no es estrictamente jurisdiccional ni de Magistrado del Tribunal Supremo, es de Presidente de una Audiencia Provincial. Lo cual significa que se trata de un destino ciertamente con funciones jurisdiccionales, pero que no ocupa la máxima posición en el organigrama judicial; y que, además, tiene un claro carácter directivo por llevar inherentes importantes funciones de gobierno y organización. Esta especial circunstancia obliga a establecer, partiendo de las ideas que

están presentes en la doctrina jurisprudencial que se ha venido mencionando, cuales han de ser las directas premisas desde las que ha de ser enjuiciada en este concreto caso litigioso la suficiencia o no de la motivación que resulta exigible y es cuestionada por actual recurrente. Y como tales deben señalarse estas tres que se expresan a continuación.

La primera de esas premisas es que, por lo que concierne a la capacidad profesional de los candidatos, no es exigible el máximo de solvencia y excelencia que se viene demandando para el Tribunal Supremo y, por esta razón, el análisis de los méritos y circunstancias referidos a esta faceta de los candidatos tampoco exige los mismos patrones de rigor y exigencia que en el Alto Tribunal.

Mas sin que lo acabado de afirmar deba interpretarse en el sentido de que, tratándose de cargos directivos, puede orillarse la capacidad demostrada en el estricto ejercicio de la jurisdicción (sólo puede ostentar cargos de gobierno quien antes haya demostrado ser un buen Juez, aunque no todos los que lo son tienen siempre las mejores aptitudes para las tareas directivas).

La segunda es que, en esta clase de cargos, la libertad de apreciación y opción del Consejo opera en su nivel máximo.

Esto quiere decir que es a dicho órgano constitucional al que corresponde definir en cada momento las líneas maestras de la concreta política judicial que ha de exteriorizar la función de gobierno del poder judicial que él tiene expresamente atribuida por imperativo de lo establecido en el artículo 122.3 de la Constitución. Como significa también, paralelamente, el amplísimo margen de apreciación que debe serle reconocido en lo tocante a decidir cual de los proyectos de gobierno aportados por los candidatos encarna mejor la opción de política judicial del Consejo y, también, cual de esos candidatos, una vez demostrado que ha superado un razonable umbral de profesionalidad, es el que le parece más idóneo para ejecutar dicha política en el concreto territorio para el que sea nombrado.

Y la tercera es que, por lo que en concreto hace al canon de motivación que resulta exigible en casos como el del concreto cargo directivo que aquí es objeto de polémica, lo decisivo será que estén bien visibles las razones que han llevado al Consejo a tomar su decisión a favor de la concreta persona que haya resultado nombrada.

Razones cuya constatación habrá de hacerse teniendo en cuenta los elementos de ponderación que la propia convocatoria haya establecido; la aportación que a estos efectos hayan hecho los candidatos; el informe que haya sido emitido por la Comisión de Calificación; y las manifestaciones que sobre todos esos elementos hayan sido exteriorizadas en la deliberación del Pleno o plasmadas en su Acuerdo final.

Esa premisas que acaban de expresarse tienen un colofón final, que no es sino el de que acotan también lo que puede ser objeto de control jurisdiccional y lo que no puede serlo en los actos sobre nombramiento para estos cargos directivos o de gobierno judicial.

Pues bien, es revisable jurisdiccionalmente si el Consejo ejerció o no en el acto de nombramiento un puro voluntarismo inmotivado que no permita dar por debida cumplida la interdicción de arbitrariedad que proclama el artículo 9.3 CE; y no es suceptible de control jurisdiccional, por formar parte del ámbito de funciones que constitucionalmente tiene reservado, la opción que haya efectuado a favor de un concreto proyecto organizativo o de gobierno de entre los varios que hayan sido presentados."

2. La diferenciación igualmente obligada entre los espacios correspondientes al escrutinio de la profesionalidad y al ámbito de discrecionalidad política que es inherente a la función constitucional de gobierno judicial.

La realiza la STS de 7 de febrero de 2011, Recurso núm. 343/2009, en la parte final de su FJ octavo:

"El núcleo principal de esa jurisprudencia se encuentra en la sentencia del Pleno de de 27 de noviembre de 2007 (Recurso 407/2006), de la que aquí conviene recordar que sus ideas básicas son éstas tres:

(1) la libertad de apreciación que corresponde al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en cuanto órgano constitucional con un claro espacio de actuación reconocido;

(2) la existencia de unos límites, también constitucionales, que necesariamente condicionan esa libertad y están constituidos por los principios de igualdad, mérito y capacidad y el mandato de interdicción de la arbitrariedad (artículos 23.2, 103.3 y 9.3 CE); y

(3) la significación que ha de reconocerse al requisito de motivación.

Las consecuencias que se derivan de esos límites, a cuyo respeto viene constitucionalmente obligado el Consejo, se traducen en estas dos exigencias, respectivamente de carácter sustantivo y formal, que a continuación se señalan.

La exigencia sustantiva consiste en la obligación que tiene el Consejo General del Poder Judicial, a la vista de las singulares plazas convocadas y los concretos aspirantes que participen en la convocatoria, de identificar claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento; y tiene la obligación también de explicar la significativa relevancia que ha otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables.

La exigencia formal está referida a estas tres obligaciones que también pesan sobre el Consejo: (I) la de expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado para indagar cuáles podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes; (II) la de asegurar que el criterio de selección de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado rectamente el principio constitucional de igualdad; y (III) la de precisar las concretas circunstancias consideradas en la persona nombrada para individualizar en ella el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento.

La motivación es, en definitiva, la exteriorización del cumplimiento de esos límites; y habrá de considerarse cumplida cuando la actuación del Consejo haga bien visibles las razones por las que ha sido preferida la persona finalmente nombrada, esas razones sean reconducibles a los principios de mérito y capacidad y, también, revelen que para decidir el nombramiento se ha otorgado un papel capital al ejercicio jurisdiccional con el nivel máximo de profesionalidad que demanda la alta magistratura del Tribunal Supremo.

Pero esos límites y las exigencias derivadas de los mismos en modo alguno privan de libertad al Consejo, que la conserva con una gran amplitud, pues lo que hacen es, en primer lugar, acotar lo que es para él una obligación inexcusable y, por ello, el punto a partir del cual deberá desarrollar la libertad que es inherente a la discrecionalidad de su función constitucional de gobierno judicial; y, en segundo lugar, expresar también los confines en que se inician los ámbitos donde dicha libertad puede se ejercitada.

La obligación inexcusable para el Consejo es acreditar y justificar que la persona nombrada ha demostrado en sus actuaciones jurisdiccionales -o en otras materialmente asimilables- ese máximo nivel de profesionalidad que resulta necesario en el Tribunal Supremo.

La libertad del Consejo comienza una vez que se haya rebasado ese umbral de profesionalidad exigible y tiene múltiples manifestaciones, porque, una vez justificada que existe esa cota de elevada profesionalidad en varios de los candidatos, el Consejo, en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos, todos ellos legítimos, y acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de la profesionalidad, quien es el que finalmente debe ser nombrado.

Elementos que debe subrayarse son muy variados y definen por eso mismo un amplísimo ámbito para esa libertad que, como se viene diciendo, tiene reconocida el Consejo (a manera de ejemplo pueden citarse estos: las medidas de acción positiva para favorecer el acceso de la mujer en escalones judiciales donde su presencia es minoritaria, la ponderación alternativa de sensibilidades jurídicas diferentes para asegurar el pluralismo en el Alto Tribunal, etc.).

Otra libertad que también le debe ser respetada al Consejo es el margen de apreciación inherente al juicio de discrecionalidad técnica que significa la definitiva selección y estimación cualitativa de los méritos de los aspirantes que deban encarnar esas clases de méritos que previamente hayan sido elegidos y definidos como prioritarios. Un margen en cuyo control rigen los cánones propios de esa discrecionalidad técnica, consistentes, como es sabido, en que esos juicios de valor no pueden ser invalidados desde la simple discrepancia y sólo procede dejarlos sin efecto cuando se haya debidamente justificado su claro error o su abierta arbitrariedad."

VII. EL PROCEDIMIENTO DE LIBRE DESIGNACIÓN PARA LA PROVISIÓN DE PUESTOS FUNCIONARIALES

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo para estos supuestos está constituido por la idea principal de que la Administración deberá consignar en su motivación estos dos elementos: los concretos criterios de interés general que elige como prioritarios para decidir el nombramiento; y las singulares circunstancias que aprecia en el funcionario nombrado para apreciar que concurren en él aquellos criterios.

Está contenida en la STS de 30 de septiembre de 2009 (Recurso 29/2006)**,** que declara:

"Las consecuencias que se derivan de lo anterior para los nombramientos realizados por el procedimiento de libre designación regulado en el artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función pública (aplicable al personal al servicio del Tribunal de Cuentas en virtud de lo establecido en los artículos 88 y 93 de la Ley 7/1988, de 5 de abril) son las siguientes:

a) En el procedimiento de libre designación rigen también los principios de mérito y capacidad, pero, a diferencia del concurso, en que están tasados o predeterminados los que ha decidir el nombramiento, la Administración tiene reconocida una amplia libertad para decidir, a la vista de las singulares circunstancias existentes en el puesto de cuya provisión se trate, cuáles son los hechos y condiciones que, desde la perspectiva de los intereses generales, resultan más idóneos o convenientes para el mejor desempeño del puesto.

b) La motivación de estos nombramientos, que es obligada en virtud de lo establecido en el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, no podrá quedar limitada a lo que literalmente establece el artículo 56.2 del Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (que sólo la refiere al cumplimiento por el candidato elegido de los requisitos y las especificaciones exigidos en la convocatoria y la competencia para proceder al nombramiento).

Lo establecido en este precepto reglamentario sobre la motivación deberá ser completado con esas exigencias que, según esa nueva jurisprudencia que ha sido expuesta, resultan inexcusables para justificar el debido cumplimiento de los mandatos contenidos en los artículos 9.3, 23 y 103.3 CE, y esto significa que la motivación deberá incluir también estos dos extremos: los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento; y cuáles son las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes.

c) El Informe que ha de ser emitido por el titular del centro, organismo o unidad a que esté adscrito el puesto [artículos 20.1.c) de la Ley 30/1984 y 54.1 del Reglamento General de Provisión antes mencionado] es un elemento muy importante en el procedimiento de libre designación, pues está dirigido a ofrecer la información sobre las características del puesto que resulta necesaria para definir los criterios que deben decidir el nombramiento.

Esta importancia hace que se proyecten sobre este trámite de manera muy especial las garantías que son demandadas por los principios de objetividad y de igualdad (artículos 103.3 y 23.2 CE) y, consiguientemente, determinan la aplicación a quien ha de emitirlo de las causas de abstención establecidas en el artículo 28 de la Ley 30/1992. (….)

El criterio jurisprudencial que ha quedado expuesto y las consecuencias que de él se derivan para la motivación que ha de acompañar a los nombramientos realizados por el procedimiento de libre designación, tomados en consideración junto a esos hechos que han sido descritos en el fundamento de derecho (FJ) segundo de esta sentencia, llevan a la conclusión de que la denunciada desviación de poder es fundada y debe ser declarada. (….)

Y en cuanto a las concretas razones que justifican apreciar en el actual caso litigioso la existencia de desviación de poder, son las siguientes:

1. Al no haberse cumplido con el deber de motivación en la medida en que según todo lo anterior resulta necesario, tampoco existen en el procedimiento que fue seguido para el nombramiento aquí litigioso los elementos cuya concurrencia resulta necesaria para poder apreciarse que la actuación administrativa estuvo dirigida a esa única finalidad que la hace legítima, cual es la de elegir al aspirante más idóneo.

2. La intervención en ese nombramiento por vía de informe o propuesta del Consejero que es hermano de la designada, aunque le nieguen relevancia invalidante, ha sido reconocida por la resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas de 13 de febrero de 2006 y por la contestación de la propia codemandada doña (…)

La falta de imparcialidad derivada de esa circunstancia de parentesco, unida a la importancia que tiene este informe en orden a suministrar los datos principales con que el órgano competente para el nombramiento tiene que formar la convicción determinante de su decisión, hacen que deba apreciarse, con el valor de causa de anulabilidad del artículo 63 de la Ley 30/1992, el incumplimiento del deber de abstención de intervenir en el procedimiento que resulta de lo establecido en el artículo 28.2.b) de ese mismo texto legal.

Ese incumplimiento, además de ese alcance invalidante, ofrece base para reforzar los indicios de desviación que puedan resultar de otros hechos y elementos obrantes en las actuaciones.

3. Las omisiones anteriores, junto a esos hechos de que se viene hablando, hacen que la única finalidad que resulta visible en los elementos existentes en el procedimiento es ese retorno de la Sra. (….) que la demanda alega para apoyar su denuncia de desviación de poder. (….)

La desviación de poder que procede apreciar es, según resulta de todo lo que ha venido razonándose, una consecuencia de estas dos circunstancias: la omisión de los elementos que son necesarios para considerar justificada realizada la única finalidad que debe perseguir la actuación administrativa de nombramiento; y la existencia en las actuaciones únicamente de elementos expresivos del retorno de que se ha venido hablando."

CUESTIONES DE ORDENAMIENTO JUDICIAL

SOBRE EL ANTEPROYECTO GALLARDÓN DE LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL[1]

GRUPO DE TRABAJO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

El Ministerio de Justicia ha hecho público un Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que se encuentra ya en sede parlamentaria. Jueces para la Democracia ha elaborado un amplio informe sobre el mismo, que fue remitido en momento oportuno al Consejo General del Poder Judicial; aquí se presenta un resumen de tal informe, que forzosamente ha de ser breve y fragmentario por obvias razones de limitación del espacio disponible en la Revista.

El **Libro I** está dedicado a la potestad jurisdiccional, su titularidad y su ejercicio.

Comienza con unas declaraciones solemnes sobre el Poder Judicial, que a la vista del desarrollo posterior bien podrían ser matizadas: así cuando afirma que los Jueces son inamovibles, se podría añadir: "pero no todos"; cuando los somete únicamente al imperio de la ley, convendría completar: "y a la jurisprudencia vinculante". Y convendría aclarar el sentido del art. 2.3 de que todos los Jueces están bajo la autoridad del Consejo, especificando que esto se refiere a los aspectos gubernativos o funcionariales, nunca a los jurisdiccionales.

En cambio es positivo el reconocimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la violación de un derecho como hábiles para fundar un recurso de revisión de la sentencia dictada en el asunto interno de referencia.

Lo primero que llama la atención es la desaparición de los Juzgados, organizándose el Poder Judicial en Tribunales servidos por Jueces, pues la categoría de Magistrado también desaparece como tal, quedando reducida a un título honorífico que se alcanza simplemente por el transcurso del tiempo de servicio. Ello choca con los arts. 117.1, 122 y 127 de la Constitución que atribuyen a los Juzgados y Tribunales el ejercicio de la potes-

1 Este trabajo es un extracto del amplio informe remitido en su día al Consejo General del Poder Judicial, ideado y dirigidoo por Carlos Hugo Preciado y en el que además han colaborado Gonzalo Alcoba, Antonio Fernández Mata, Diego Íñiguez, Carlos López Keller, Ana María Martínez Navas, Estrella Monleón, Andrés Montalbán Losada, Gloria Rodríguez Barroso, Miren Nekane San Miguel, José Luis Sánchez Gall, Isabel Tobeña y el Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira y Virgili (sobre justicia universal).

tad jurisdiccional, y a los Jueces y Magistrados la función de administrar justicia. Volveremos sobre ello al examinar el Libro II, donde se concreta la nueva organización judicial.

Y enseguida se pasa a la inamovilidad, la independencia y la responsabilidad. La garantía de inamovilidad, que ya está fuertemente desdibujada debido a la falta de convocatoria de plazas por el Ministerio que se pretende suplir con los Jueces de Adscripción Territorial, las adscripciones obligatorias, o las expectativas de destino, se verá ahora más mermada.

Se ofrecen dos procedimientos para hacer respetar la independencia: el primero es dar cuenta de los hechos al Presidente del Tribunal y participarlo al Consejo: queda por saber qué hacer cuando la perturbación viene del propio Consejo; el segundo es reforzar el órgano unipersonal afectado asignándole otros dos Jueces para la tramitación y resolución del asunto de que se trate: evidentemente, es más difícil coaccionar o perturbar a tres Jueces que a uno solo, pero parece que más oportuno habría sido atacar las causas y no solo paliar los efectos.

El Título IV regula la vinculación del Juez al sistema de fuentes establecido: al parecer el legislador opta por cercenar la actitud de los Jueces que en plena crisis económica han cuestionado la normativa interna sobre desahucios, ejecuciones hipotecarias, reforma de la justicia universal, despidos, etc, y bajo la falsa proclama de la vinculación del juez al sistema de fuentes surge su vinculación a una interpretación concreta de la norma dictada por el Tribunal Supremo, sin que la realidad social pueda penetrar en la interpretación de las normas a través de su vía natural de entrada, a saber, los Jueces de instancia, sustituyéndose esta opción por la sujeción a la nueva fuente del derecho constituida por la jurisprudencia de carácter vinculante, en un claro atentado a la independencia judicial y a la adecuación de la interpretación de las normas a la realidad social, desplazada en favor de las posiciones que, por la forma de provisión de las plazas del Alto Tribunal, no serán sino las más cómodas para el Gobierno.

Con el torpe pretexto de facilitar la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación del derecho, se introduce un claro atentado contra la independencia judicial, justo cuando la actuación de los Jueces ha supuesto los mayores reveses para un legislador a menudo ajeno a los compromisos internacionales de España.

Y su secuela es, en caso de duda del Juez, el planteamiento de la cuestión previa jurisprudencial, que se resolverá por el Tribunal Supremo y con arreglo a cuyo criterio (art. 38.2) habrá de ser resuelto el litigio ¿No supone esto la eliminación de la cuestión de inconstitucionalidad, sustituida por aquélla otra?

En cuya línea incide otra novedad criticable del Anteproyecto, la de amordazar las opiniones disidentes, no solo de los Jueces, sino también de las Asociaciones; se trata de un precepto claramente inconstitucional que revela la obsesión represora del Ministerio, que ha diseñado un Consejo a su medida y pretende eliminar todo atisbo de disidencia o libertad de crítica en el seno de la judicatura, cercenando injustificadamente su libertad de información, expresión y opinión.

En fin, el Libro I termina regulando la competencia judicial internacional en los órdenes civil, penal, contencioso y laboral. Debe destacarse, en materia penal, la consagración de la nefasta reforma operada por la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ en la materia relativa a la justicia universal, que el Anteproyecto no modifica.

El principio de jurisdicción universal supone un criterio de extensión del Estado, en nombre de la comunidad internacional, para perseguir los más graves crímenes cuyo sujeto pasivo es la humanidad, con independencia del lugar de comisión, de los intereses de cada Estado y de la nacionalidad de las personas implicadas. En consecuencia, re-

sulta rechazable una regulación como la del Anteproyecto, al limitar de manera esencial el contenido y la aplicación de la jurisdicción universal como conquista imprescindible en la lucha por los derechos a nivel global.

El **Libro II** se dedica a la organización y funcionamiento de los Tribunales, manteniéndose la clásica separación entre los cuatro órdenes jurisdiccionales. Lo más llamativo es el nuevo organigrama de la Administración de Justicia, compuesta por el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y los Tribunales Provinciales de Instancia. Desaparecen, pues, los Juzgados de todo orden y condición, y el partido judicial como ámbito territorial básico de la justicia, con los correspondientes perjuicios para los usuarios de ésta; (también los municipios, con sus Juzgados de Paz, igualmente a suprimir) quedando las funciones de aquéllos diluidas en los nuevos Tribunales Provinciales, con sus Secciones Colegiadas y Unidades Judiciales, (art. 79) que abarcarán todos los órdenes jurisdiccionales, y no solo, como hasta ahora las Audiencias, el civil y el penal.

El Tribunal Supremo mantiene su estructura de cinco Salas, (con ocasión de tratar la disposición adicional 3ª el informe apunta a la posibilidad de suprimir la Sala 5ª) más la Sala de Asuntos Generales (heredera de la actual Sala del art. 61) y las Salas Especiales: de Conflictos con otros poderes públicos, de Conflictos con la jurisdicción militar y de Conflictos de competencia.

Resulta novedosa la creación de la figura de Vicepresidente del Tribunal Supremo (que no del Consejo).

Existirá también un Gabinete Técnico del Tribunal.

Se mantienen los aforamientos, así civiles como penales.

La Audiencia Nacional también resulta afectada por la supresión de los Juzgados, desapareciendo los Juzgados Centrales y organizándose ahora en Salas de Instancia (Penal y Contenciosa), Salas Superiores (Penal, Contenciosa y Social) y Sala de Asuntos Generales. Podrá, también, existir un Gabinete Técnico.

Conviene detenerse un momento en la Sala Penal de Instancia, que se divide en Secciones Colegiadas y Unidades Judiciales: dentro de aquéllas, la de Enjuiciamiento y la de Garantías; entre éstas, el Juez de Enjuiciamiento, el de Menores y el de Ejecución.

En los Tribunales Superiores de Justicia desaparece la Sala Civil y Penal, que se desglosa en dos, manteniéndose las restantes.

Por último, los Tribunales Provinciales de Instancia se organizan en cuatro Salas según los distintos órdenes jurisdiccionales.

En las Salas de lo Penal la instrucción de las causas corresponderá a una Unidad Judicial o excepcionalmente, a una Sección Colegiada, correspondiendo a la Sala de Gobierno determinar anualmente los criterios objetivos para la conformación de la Sección Colegiada. Dada la generalidad, vaguedad e inconcreción con que se formula, supone un ataque frontal y directo a la garantía del juez predeterminado por la ley, que no salva el hecho de que anualmente la Sala de Gobierno determine los criterios objetivos ¿Qué objetividad es ésta que puede cambiarse de año en año? Permitiendo además introducir elementos de cambio en función de circunstancias coyunturales.

Es de interés el art. 164 que regula los llamados Plenos Jurisdiccionales para unificación de criterio; ha de advertirse que los Jueces se hallarán obligados a interpretar la ley de conformidad con el criterio del Pleno Jurisdiccional de su respectiva Sala, con solo dos excepciones: que la resolución que fijó tal criterio sea revocada en vía de recurso, o que dicho criterio contradiga la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuyo caso los

disidentes deberán plantear la cuestión jurisprudencial previa. Todo esto merece especial censura: el Anteproyecto renuncia al principio de independencia judicial, puesto que impone a los titulares de la potestad de juzgar la obligación de asumir como propia una interpretación ajena con la que bien pudieran discrepar. La lealtad que el juez debe a su propio criterio, que hasta ahora se manifestaba a través de la motivación de las resoluciones o votos particulares, queda sustituida por la lealtad a criterios ajenos al margen de todo sentido crítico tan necesario en quien imparte justicia.

En materia de abstención y recusación es interesante el art. 186, en virtud del cual, aunque no concurran las causas legales tasadas para ello, habrá lugar a aquéllas cuando el Juez se hallare en alguna de las situaciones en que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia que resulte de la doctrina judicial reiterada establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al enjuiciar casos en que España haya sido demandada, constituyan un motivo susceptible de afectar a la imparcialidad objetiva o subjetiva del Juez. Mediante este precepto se pueden zanjar los numerosos problemas originados en los casos en que los Jueces, aun no disponiendo de causa típica de abstención que los amparase, entienden que deben abstenerse del conocimiento del asunto por hallarse comprometida su imparcialidad en el mismo.

Especial importancia presenta la cuestión de la protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia al atribuir a los Jueces y Tribunales la responsabilidad en el tratamiento de los ficheros, debiendo velar por la confidencialidad, privacidad y calidad de los datos personales que contengan los mismos; pero el responsable de los ficheros es el Consejo, que los ha creado, y en su caso, las Comunidades Autónomas, además de corresponder su funcionamiento a los Letrados de la Administración de Justicia.

En materia de responsabilidad patrimonial, se suprime la acción directa del perjudicado contra el juez, por lo que resulta de difícil entendimiento la cita del art. 1902 del Código Civil, salvo que esté pensada para actuaciones extraprofesionales de aquél. Pero el Estado tiene en principio el derecho de repetir.

Pocas novedades hay en el tratamiento de los actos de los órganos del gobierno interno de los Tribunales: se mantiene el sistema de listas abiertas en las elecciones a Salas de Gobierno. Y termina el Libro regulando la oficina judicial como la organización que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de los Tribunales, bajo los principios de jerarquía, división de funciones, coordinación, y uniformidad en todo el territorio nacional, lo que no quita para que su diseño sea flexible en función de la actividad en cada caso, diferenciándose las Unidades de Apoyo Directo a los Jueces y los Servicios Comunes Procesales.

El **Libro III** está dedicado a los Jueces. En él desaparecen los Jueces sustitutos ajenos a la carrera, de manera que las sustituciones serán a cargo de los propios Jueces profesionales; se mantienen los Jueces suplentes, ajenos a la carrera, pero los arts. 174 ó 177 muestran las escasas oportunidades de intervenir que se les ofrecen.

Comenzando por el ingreso en la carrera, expone el art. 306 que estará basado en los principios de mérito y capacidad de los aspirantes, y se desarrollará con objetividad y transparencia, garantizando la igualdad en el acceso de quienes reúnan las condiciones y aptitudes necesarias; todas las pruebas para el ingreso y promoción contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función. Esto es un avance en la igualdad entre los sexos, pero la escasa definición

del artículo hace poco factible su aplicación práctica: convendría especificar cuáles son esas medidas.

También parece tendenciosa, por abstracta, la exigencia de poseer la aptitud necesaria para el desarrollo de los cometidos esenciales propios de la función jurisdiccional; tal vez habría que relacionar esta exigencia con la superación de la prueba psicotécnica regulada más adelante.

Se mantienen los clásicos sistemas de acceso por oposición, por concurso de méritos, por superación de pruebas para los miembros del Ministerio Fiscal, y por designación directa para el Tribunal Supremo.

En el ingreso por oposición, el número de plazas debe estar previsto en los presupuestos generales, quedando, pues, en manos del ejecutivo la determinación del número de efectivos sin ningún tipo de cortapisas y sin que el Consejo pueda intervenir en este terreno. La novedad más importante es la instauración de una prueba psicotécnica encaminada a la detección de trastornos psicológicos, de la personalidad o de la conducta que incapaciten a los aspirantes para el ejercicio de la función a que optan. Sin perjuicio de reconocer la oportunidad de la prueba, se deben denunciar posibles problemas: en primer lugar, en su práctica intervienen el Consejo y el Ministerio, dándose así al ejecutivo un protagonismo excesivo en la selección de los jueces con peligro de que deriven en filtros ideológicos; por otro lado, queda sin determinar la composición de este tribunal ni la mecánica de las pruebas, amén de que no es flaca la dificultad de fijar lo que es un juez "normal". Por último, debería ser previa al curso en la Escuela Judicial para no echar por la borda, tanto el esfuerzo pedagógico de la misma, como el tiempo consumido por el aspirante.

Las pruebas selectivas de excelencia y especialización tienen importancia capital por cuanto son criterio de primer orden a la hora de proveer las plazas en los Tribunales, en detrimento de la antigüedad escalafonal. Las novedades más importantes son la desaparición de la especialidad de Menores, y el establecimiento por ley de las especialidades civil, y dentro de ésta, mercantil; penal; contencioso administrativa, y dentro de esta, tributaria; y social.

En la provisión de las plazas prima, respecto de las presidencias, absolutamente el número de designaciones discrecionales, que abarcan a los Presidentes de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Presidentes de Sala de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores y Tribunales Provinciales, desapareciendo los cargos de elección democrática, como los Jueces Decanos.

Para el resto de las plazas, con carácter general y salvo excepciones, son criterios de prelación: 1º, especialidad y antigüedad en la misma. 2º, antigüedad en el orden. 3º, antigüedad en la carrera. 4º, idioma y derecho foral. Pero el Anteproyecto regula luego en detalle los criterios de prelación para los distintos Tribunales.

En cuanto al cese en las presidencias, se incrementa también la discrecionalidad con la causa de remoción consistente en la pérdida de confianza por parte del Consejo (art 351.1.e) cuando deberían bastar las restantes causas de ese artículo.

Los Jueces de Adscripción Territorial se regulan de idéntico modo que en la actualidad, resultando criticable que no se establezcan criterios objetivos en la asignación de los destinos, que quedan así vinculados a la actuación discrecional de los Presidentes en función de lo que éstos entiendan como necesidades del servicio, como ha ocurrido hasta ahora.

Y por lo que hace a los Jueces de refuerzo, se dispone que el Consejo podrá establecer que los Jueces con destino en un Tribunal Provincial presten también servicio en

el mismo como medida de refuerzo con carácter temporal o permanente, valorándose la antigüedad y la especialización o experiencia en la materia, y secundariamente, las preferencias de los solicitantes.

En cuanto a la actividad asociativa, se regulan las Asociaciones profesionales de Jueces, bajo los criterios de libertad de afiliación y democracia interna; sus fines serán la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos (es sugerente este matiz: *en todos los aspectos*); se financiarán con las subvenciones a otorgar por el Consejo conforme a criterios que se fijarán reglamentariamente, y con otras subvenciones públicas o privadas siempre que sean autorizadas por aquél, que podrá denegarlas si comprometieran el buen nombre de la Justicia o la independencia judicial.

Como conclusión del examen de este Libro, parece que en este Anteproyecto el Ejecutivo ha perdido la oportunidad de reforzar el Estado Social y Democrático de Derecho, y ello como consecuencia de no haber regulado los mimbres que pudieran aportar, de cara a la sociedad y a las personas que la conforman, y a quienes se deben todos los poderes del Estado, una jurisdicción verdaderamente independiente de toda injerencia política; esta circunstancia concurre al no recoger el articulado valores reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como son la verdadera inamovilidad del juez (que debe ponerse en relación con la falta de profundización de la figura del juez ordinario predeterminado por la ley, con el mantenimiento de figuras como la del juez en expectativa de destino o de apoyo creado por la LO 4/2013) y la independencia frente a las presiones de los poderes ejecutivo y legislativo (no solo formal sino material, y tanto en un sentido objetivo como subjetivo), pero también frente al Consejo; la pérdida de la oportunidad de reforzar dicha independencia concurre al seguir permitiendo, incluso premiando, el paso de la jurisdicción principalmente a labores ejecutivas o directivas de las distintas administraciones y su vuelta a la jurisdicción (apariencia de politización de cara a la sociedad); por otro lado, no se refuerza la independencia económica de los miembros de la carrera, dejando al buen hacer de los mismos y a su indudable vocación el evitar caer en prácticas poco edificantes.

El **Libro IV** versa sobre el Consejo General del Poder Judicial.

Este Libro recoge, con variaciones mínimas, la regulación del Consejo incorporada a la LO 4/2013, de 28 de junio, conforme a la cual se designó en diciembre de dicho año y se conduce en la actualidad el nuevo Consejo. El análisis comparativo se hace, por tanto, con respecto a la anterior regulación del órgano.

En su nuevo régimen legal, es dudoso que el Consejo siga siendo el órgano querido por la Constitución. El Anteproyecto mantiene un vaciamiento constitucionalmente cuestionable de las competencias normativas del Consejo en materias tan sensibles para el fin propio de garantía de la independencia judicial como el estatuto orgánico de los jueces, la carga de trabajo, las situaciones administrativas, las licencias y permisos, las sustituciones, y un largo etc. Todas ellas se sustraen a la potestad reglamentaria privando al Consejo de intervenir por esta vía en la independencia de los Jueces.

El Consejo pierde competencias importantes y se convierte, en las que conserva, en un departamento periférico del Ministerio de Justicia, y ello por razón de su régimen presidencialista, de la elección “a la carta” de los Vocales por parte de los grupos parlamentarios, mejor dicho, de los partidos políticos con representación parlamentaria, y por la regla de la mayoría simple en la adopción de decisiones, chocando todo ello con su diseño constitucional basado en la división y el equilibrio entre los poderes.

La nueva regulación desoye sistemáticamente el reconocimiento constitucional de las Asociaciones Judiciales, para las que el art. 127 de la Constitucción reserva un cometido propio.

En materia de presupuestos, se mantiene la competencia en la elaboración y ejecución del propio presupuesto, y se suprime la competencia de control de su cumplimiento, que pasa a la Intervención General del Estado y al Tribunal de Cuentas. Pero el Consejo no cuenta con competencia presupuestaria sobre lo que es esencial para el buen funcionamiento de los Tribunales: el diseño de planta, la creación de órganos o la dotación e incremento de medios personales y materiales que constituyen el núcleo personal y material preciso para el funcionamiento de este servicio público, los cuales siguen residenciados en el Ministerio y en las Comunidades Autónomas.

Se mantiene el sistema anterior de designación parlamentaria de la totalidad de los miembros del Consejo, pudiendo optar a ello dentro del cupo judicial, como siempre, cualquier miembro de la carrera en servicio activo, solo que ahora es suficiente aportar un reducido número de avales; se ha fundamentado oficialmente este cambio en el deseo de dar las máximas facilidades de participación a cualesquiera Jueces, pero en realidad lo que se busca es ampliar la esfera de intervención del Ministerio de Justicia en el órgano de autogobierno judicial, pues así es mucho más fácil encontrar a los Jueces que interese nombrar. Luego, los partidos mayoritarios se reparten el Consejo por cuotas, dando alguna participación menor a algún otro grupo, y los Vocales escogidos elegirán a continuación al Presidente en la persona que les haya sido indicada. La reproducción mimética en el Consejo de los bloques de los partidos en las Cámaras legislativas, en contra de lo que advirtió la conocida STC 108/1986, le aleja de la posibilidad de reflejar en su composición el pluralismo existente en la sociedad y en el propio Poder Judicial, al tiempo que desoye la recomendación del art. 13 de la Carta Magna de los Jueces Europeos aprobada en el seno del Consejo Consultivo de los Jueces del Consejo de Europa en 17/11/10, conforme al cual "el Consejo debe estar compuesto, bien en exclusiva por jueces, o, en su caso, por una mayoría sustancial de jueces elegidos por ellos mismos".

No se garantiza la presencia en el Consejo de las distintas sensibilidades existentes en la carrera, pero sí la de las distintas categorías profesionales, con un evidente trato de favor hacia los Jueces del Tribunal Supremo, colectivo que se ve sobrerrepresentado en aquél, lo que agudiza la oligarquización del órgano a la vez que hace confluir, desatinadamente, las cúpulas jurisdiccional y gubernativa.

Otra novedad altamente criticable es la reelegibilidad para un segundo mandato de parte de los vocales, art. 466.3, concretamente hasta cuatro, permisión desestabilizadora que solo va a generar una competitividad indeseable ¿Cuáles vocales serán los reelegidos? Indudablemente, los que decidan los dirigentes políticos, lo que significa que durante todo el mandato habrá una pugna entre los consejeros interesados en hacerse un sitio al sol del partido que los haya propuesto, con todo lo que esto significa, que no parece necesario tener que aclarar más. Si la inelegibilidad es señalada unánimemente como garantía de independencia, la expectativa de una futura reelección es un gravísimo ataque contra ella.

No menos grave es el despiezamiento del Consejo, con solo cinco Vocales (además del Presidente), los de la Comisión Permanente, que pueden en verdad presumir de tales --por cierto, que el art. 494.2 dispone, de forma harto prudente y dubitativa que "se procurará" que roten con los demás-- y que tendrán dedicación y remuneración plenas, frente a los otros quince que deberán compaginar su labor en el Consejo con el desempeño de sus profesiones o cargos, y que solo percibirán las dietas correspondientes a su asistencia a los plenos que haya lugar.

La discriminación se acentúa si se toma en consideración la gran preponderancia que se otorga a la Comisión Permanente, al extremo de que muchos de sus acuerdos ponen fin a la vía administrativa, y sin pasar por el Pleno, son recurribles directamente en vía contencioso administrativa. El nuevo sistema refuerza la indicada Comisión, pero prevé que delegue algunas funciones en los letrados de confianza del Presidemnte o la mayoría, que ganarán peso y --cuando se cree el cuerpo específico previsto-- estabilidad.

Ello sin contar con el gran poder concedido al Presidente, palpable en diversos campos pero especialmente en materia de nombramientos.

Y después quedan las Comisiones de Asuntos Económicos y de Igualdad; trato aparte merece la Comisión Disciplinaria, la más amplia, siete miembros, que acapararán esta adscripción a todo lo largo del mandato, pues ellos no tienen opción a entrar a formar parte de la Permanente. Se crea también el cargo de Promotor de la Acción Disciplinaria, encargado de incoar y tramitar los expedientes disciplinarios y presentar los cargos ante la mencionada Comisión; es muy dudoso que este sistema de instructor universal resulte más eficaz que el existente actualmente donde la instrucción es una actividad difusa repartida por toda la carrera.

En fin, el Anteproyecto regula también la Secretaría General, el Servicio de Inspección, el Gabinete Técnico, la Escuela Judicial, el Centro de Documentación Judicial y la Oficina de Comunicación.

El **Libro V** se dedica al cuerpo de Secretarios Judiciales, ahora llamados Letrados de la Administración de Justicia: según se dice, el cambio de denominación responde a una vieja aspiración del cuerpo. En relación con los mismos, puede destacarse que se suprimen las categorías existentes hasta el momento, pero a cambio se jerarquiza fuertemente el cuerpo, existiendo un Secretario General, Secretarios de Gobierno en el Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores, y un Secretario Coordinador a nivel provincial. El Secretario de Gobierno es el superior jerárquico de los Letrados ejercientes en su ámbito. Secretarios de Gobierno y Coordinadores son nombrados libremente por el Ministerio. Las funciones de los Letrados siguen siendo las tradicionales: fe pública, que no requiere de testigos, dación de cuenta, archivo y piezas de convicción, etc; y sus competencias, a salvo lo que dispongan las leyes procesales, abarcan la ejecución (salvo el ámbito reservado al Juez), jurisdicción voluntaria, conciliaciones, monitorios, mediación, colaboración con el Ministerio Fiscal en diligencias de investigación, y las expresamente previstas.

El **Libro VI** se dedica a los restantes cuerpos de funcionarios de la Administración de Justicia y otro personal, y es copia del Libro correlativo de la actual LOPJ de forma que los actuales arts. 470 a 540 pasan a ser en el Anteproyecto los arts. 571 a 641. No obstante, puede señalarse que se actualizan los requisitos de titulación de los distintos cuerpos generales, exigiéndose para los médicos forenses la especialidad de medicina legal, y se prevé que los Institutos de Medicina Legal tengan unidades de valoración forense integral, con participación de psicólogos y trabajadores sociales para la violencia de género, y donde también puedan ubicarse equipos psicosociales para el tratamiento de menores; y el resto del Libro trata del estatuto jurídico de estos funcionarios.

Por último, el **Libro VII** es el referido al Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia. El Ministerio Fiscal es institución ajena a esta LO y por eso se le dedica un solo artículo que se limita a reproducir el art.

124.1 de la Constitución y a remitirse a su propio Estatuto Orgánico. En lo demás, se adecúa el acceso al ejercicio de las funciones de los abogados, procuradores y graduados sociales; pero más interesante son las omisiones que se constatan: ninguna previsión a que se configure una verdadera policía judicial, o que se prevea la creación de cuerpos de peritos de todo tipo al servicio exclusivo de Jueces y Fiscales. Su pertinencia deriva de la necesidad de aportar conocimientos técnicos independientes en que los Tribunales no tienen por qué ser duchos. Y así al lado de los forenses para todo lo relacionado con la salud, hoy es imprescindible contar con técnicos en materias de construcción, economía, auditoría, etc. integrados en cuerpos al servicio de la Admintración de Justicia.

Las **Disposiciones no articuladas** comprenden las disposiciones adicionales, las transitorias, la derogatoria y las finales. De ellas se pueden entresacar los siguientes particulares:

El prelegislador es consciente de que una ley del calado de la de este Anteproyecto es inaplicable mientras no cuente con una Ley de Planta y Demarcación, que a su vez requiere de considerables recursos logísticos y financieros que en este momento no están disponibles; por eso se prevé el advenimiento sucesivo de dos situaciones distintas, la de entrada en vigor de la Ley y la de la efectividad y puesta en funcionamiento de la nueva organización judicial, lo que significa que la parte más significativa de aquélla, el Libro II, quedará en una situación de *vacatio legis* de duración impredecible.

En la regulación del depósito que debe ser consignado para interponer recursos sería conveniente que se fijase objetivamente la cuota que irá destinada a sufragar los gastos de asistencia jurídica gratuita.

Haciendo gala de gran ingenuidad, se establece que las Cámaras legislativas regularán el procedimiento de selección de los Vocales para el Consejo con transparencia y publicidad. Transparencia no falta, todo el mundo sabe como se nombran, pero lamentablemente, la experiencia no permite albergar esperanzas de una recta observancia de lo que este precepto está exigiendo, y es que bien reciente está la designación de los Vocales del actual Consejo siguiendo el sistema de cuotas condenado por el Tribunal Constitucional y con patente violación del art. 578.2 de la Ley todavía vigente.

El prelegislador tiene prisa con hacerse con un cuerpo de doctrina jurisprudencial vinculante, rescatando de asuntos ya sentenciados aquellos particulares que merezcan tal consideración; si ya de por sí la jurisprudencia vinculante genera tantas y tan razonables críticas, cuanto más esta jurisprudencia vinculante sobrevenida sin que los magistrados sentenciadores tuvieran consciencia en su momento de la trascendencia que se habría de dar a sus consideraciones.

Parece un contrasentido que una Ley Orgánica del Poder Judicial ostente siquiera parcialmente el rango de ley ordinaria; en todo caso, la regulación de la Escuela Judicial debería tener reserva de Ley Orgánica.

Aunque la disposición adicional 4ª emplaza al Gobierno para remitir a las Cortes los proyectos de leyes procesales, en las disposiciones finales 3ª y 4ª se anticipa el Anteproyecto a regular el recurso de casación en materias civil y contenciosa: simplemente señalaremos dos puntos muy negativos: el establecimiento de *numerus clausus*, ya que en ambos órdenes, el Tribunal Supremo puede fijar el número máximo de recursos a admitir en el año en curso. No hay incoherencia alguna entre el rechazo a esta limitación y el hecho de que JpD venga exigiendo la fijación de módulos máximos de entrada de asuntos en los órganos jurisdiccionales, especialmente los de instancia, pues es una

reclamación asociada a la de creación de nuevos órganos o refuerzo de los existentes; nada de esto se contempla en la norma que se comenta, que originará gran perjuicio para las partes, tanto si los excedentes son rechazados definitivamente como si quedan pendientes para la anualidad siguiente con lo que se incrementaría imparablemente la demora procesal.

Y rechazable es también el establecimiento de un supuesto de admisibilidad de recurso de casación en sede contenciosa para la unificación de doctrina, cuando la sentencia a recurrir siente una doctrina que pueda ser dañosa para los intereses generales, lo que linda peligrosamente con la razón de Estado como motivo justificador de su casación: cierto es que la Administración tiene como horizonte la protección de los intereses generales, art. 103 de la Constitución, pero los Tribunales de Justicia han de tener otras prioridades.

LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA: MÁS SOMBRAS QUE LUCES

Fco. Javier PEREDA GÁMEZ

1. EL ANUNCIO DE UNA REFORMA

El Gobierno del Partido Socialista Obrero Español presentó el año 2011 un Proyecto de Ley por el que se modificaba la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la creación de los Tribunales de Instancia (DOCG Núm. 144-1, de 2 de agosto de 2011). El trámite parlamentario de este Proyecto de Ley caducó por la convocatoria de elecciones.

Era una propuesta de reforma parcial que, entre otros aspectos, introducía la estructura administrativa de los Tribunales de Instancia, con la correlativa desaparición de los Juzgados Unipersonales en todos los órdenes jurisdiccionales y mediante su integración en una estructura colectiva o colegiada. El Proyecto predicaba el nombramiento de los Presidentes de los Tribunales de Instancia por parte del Consejo General del Poder Judicial (en sustitución de los Decanos, elegidos por las Juntas de Jueces), defendía el ámbito del Partido Judicial para estos Tribunales de Instancia y respetaba la existencia de las Juntas de Jueces, con competencias definidas.

Las previsiones de este primer Proyecto han sido superadas por la Propuesta de Reforma de Ley Orgánica del Poder Judicial elaborado por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, que acomete una reforma integral de la Ley Orgánica.

El Gobierno del Partido Popular ha anunciado la inminente presentación de un nuevo Proyecto de Ley Orgánica para la introducción de los Tribunales de Instancia, que pretende asumir, según parece y en lo esencial, la mencionada Propuesta de la Comisión. Hasta el momento de redacción de estas líneas, no consta que se haya presentado en el Congreso de los Diputados el texto del nuevo Proyecto de Ley Orgánica pero, ante el anuncio del Gobierno, cabe hacer algunas consideraciones sobre los riesgos que se observan respecto a la nueva planta y a la inamovilidad y la independencia judicial en la mencionada Propuesta de Reforma, partiendo de los trabajos prelegislativos y considerando la tradición colegial de los países de nuestro entorno y nuestra propia tradición histórica.

En este sentido, no cabe *a priori* desmerecer la propuesta. Una creación de Tribunales de Instancia para todos los órdenes jurisdiccionales en sustitución de los Juzgados es, en principio, una propuesta neutra. Busca adaptar a la estructuración más vertebrada de las unidades administrativas de justicia (las Unidades de apoyo, por la reforma de la Oficina Judicial) la propia disposición del trabajo de los titulares de la jurisdicción y, con ello, una organización más eficaz del trabajo entre los jueces.

Pero la concreción de este objetivo, en los términos que se conocen, se caracteriza por la consagración de la Provincia como circunscripción territorial y una marcada jerarquización y ello puede suponer un alejamiento de la Justicia respecto a los ciudadanos y presenta riesgos importantes para la inamovilidad y la independencia de los jueces, en razón del ámbito territorial y la estructura administrativa que se quiere desarrollar, por la imposición de una estructura marcadamente vertical y por la regulación

deficiente de los mecanismos de distribución de los asuntos y con el riesgo añadido de la burocratización del servicio y de la anonimación del juez.

Estas reflexiones pretenden ayudar a fijar las bases mínimas, en lo referido a la nueva implantación de estos tribunales, y las exigencias ineludibles para garantizar el trabajo independiente de los jueces, es especial en relación con el sistema de elección del Presidente del Tribunal de Instancia, las reglas de asignación de asuntos y las causas o motivos de la reasignación de asuntos ya repartidos.

Las consideraciones que siguen serán de carácter general y vendrán referidas, exclusivamente, a la configuración de los nuevos Tribunales de Instancia, dejando de lado otros importantes aspectos de la reforma que se anuncia.

2. LOS CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES

La propuesta de reforma, cualquier reforma en la organización de los Tribunales, ha de partir de las exigencias estructurales constitucionales que supone la división de poderes y de la defensa de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos.

Desde la primera perspectiva, ha de permitir que los nuevos órganos puedan actuar como Poder del Estado, defendiendo su carácter de servicio público y permitiendo a los jueces "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" (art. 117 CE). Para ello, el despliegue (en este caso "repliegue") de los órganos judiciales ha de garantizar la presencia de la Jurisdicción como contrapoder, en especial respecto a la actuación territorial del poder estatal y autonómico y de la Administración Local y con suficiente proximidad para que el ciudadano encuentre en la Justicia la defensa de sus derechos e intereses. Una Justicia excesivamente alejada puede perder eficacia.

Desde la segunda perspectiva, cualquier reforma debe permitir el ejercicio del Derecho al juez ordinario (como juez predeterminado, independiente e imparcial), garantizar la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y facilitar el desarrollo de los procesos sin dilaciones indebidas. Manifestación concreta de este principio es el respeto a unas normas de reparto de los asuntos que no permitan hurtar una designa preestablecida del órgano juzgador.

3. UN BREVE APUNTE HISTÓRICO

Los jueces individuales de la Edad Media (señores, *al-cadíes*, adelantados, corregidores, *juezes*) convivieron con diversos órganos colegiados (Chancillerías, Audiencias, Consejos) en la Administración de la Justicia, aunque con una muy fragmentada jurisdicción, dividida en razón de fueros y por gremios. Sólo una pequeña parte de las competencias eran ejercidas, en primer grado, por los órganos colegiados.

A partir de la Constitución de 1812 (y de los Decretos de 6 de agosto de 1811 y de 9 de octubre de 1812), quedaron los alcaldes como juzgadores legos, con algunas competencias menores y residuales, y los demás encargados de administrar Justicia fueron sustituidos por jueces profesionales, creándose los Partidos Judiciales y reorganizándose las Audiencias. No obstante, la puesta en marcha de la reforma no se produjo hasta 1834, cuando se acabaron de crear las 15 Audiencias (pluri-provinciales) y de dar forma a los Partidos Judiciales, servidos por jueces unipersonales.

La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y el Decreto de igual año crearon los Juzgados de Paz y consolidaron la primera instancia a nivel de Partido, a cargo de Juzgados unipersonales servidos por jueces profesionales. En 1868 había en España 463 Partidos Judiciales.

Con la Ley Orgánica de 1870 se configuraron las "circunscripciones", con un juez de instrucción y el Tribunal de Partido (arts. 36 y 273), compuesto de tres jueces, presidido generalmente por un Magistrado de la Audiencia (de ahí nace la concepción del "efecto devolutivo" del recurso de apelación, porque la competencia se "devolvía" al órgano colegiado). También se regulaba la figura de los jueces municipales.

La Ley Adicional de 1882 constituyó 95 Tribunales colegiados para que conocieran de las causas por delito, por tanto estableció varios tribunales por cada provincia agrupando diversos Partidos Judiciales, convirtió las Audiencias Territoriales en Audiencias de lo civil, conservando las Salas de lo criminal, y consideró como jueces de Partido a los jueces de instrucción, que asumieron competencias civiles. Sin embargo, la implantación efectiva de los tribunales colegiados no fue posible y las leyes de enjuiciamiento (1881 y 1882) e incluso las normas arancelarias se redactaron partiendo del carácter unipersonal de los órganos de primer grado.

En 1896, 1926 y 1935 se sucedieron intentos de reforma de la demarcación de los Partidos Judiciales, que fracasaron y lo largo de todo el siglo XX los Partidos Judiciales han venido servidos por Jueces de Primera Instancia e Instrucción (primero conviviendo con la Justicia Municipal, luego llamada de Distrito, y a partir de 1991, fusionándose).

4. EL ÁMBITO TERRITORIAL DE LOS NUEVOS TRIBUNALES

La propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que comentamos apunta a una planta judicial que extienda los Tribunales de Instancia al ámbito provincial, mediante una concentración y reubicación en las capitales de provincia y con desaparición de los Partidos Judiciales.

La organización judicial comparada muestra una *ratio* muy diferente a la que se propone en la reforma, en cuando a la configuración de los órganos colegiados de primera instancia. Tanto desde el punto de vista de amplitud del territorio, como de la población que se debe atender, ningún país de los estudiados concentra tantos kilómetros cuadrados, ni tantos miles de ciudadanos bajo la competencia de un único órgano judicial.

Los *Tribunaux d'Instance*, desplegados en los *arrondissements* (342 en toda Francia, equivalentes a los Partidos Judiciales) son servidos por Magistrados que ejercen en solitario, de forma parecida al Juez de Partido. Los *Tribunaux de Grande Instance* (160 en toda Francia, de dimensión entre comarcal y provincial) son ejemplos de estructuras colectivas o colegiadas del primer grado jurisdiccional. También reflejan estructuras colegiales similares a la que se quiere establecer en España los *Tribunali Ordinari* en Italia (que son, tras la reforma de 2012, unos 130) o los Tribunales locales en Alemania (687 ordinarios, además de los laborales, administrativos, tributarios y sociales, de diferente ámbito territorial).

Sin embargo, el ámbito territorial jurisdiccional y la población atendida por estos tribunales extranjeros no es en ningún caso comparable como el que se propone en España, que es el ámbito de la Provincia.

Nuestras provincias (50), en cuanto a extensión y a la población a la que atenderían los nuevos Tribunales de Instancia no se corresponden, ni por *ratios*, ni por criterios de proximidad de los servicios públicos, con los de los tribunales colegiados de los países de nuestro entorno. Si se asume la Propuesta, se configurarán tan solo 48 Tribunales de Instancia para toda España (excepción hecho de Madrid y Barcelona, de Ceuta y Melilla), con una media de 780.000 habitantes por Tribunal de Instancia (frente a 119.000 en Alemania, 190.000 en Francia o 468.000 en Italia) y con 10.500 km2 de promedio de

territorio a administrar por cada Tribunal de Instancia (frente a 519, 1.970 o 2.315 km2 respectivamente, en los países mencionados).

La propuesta de la Comisión de Expertos supondría la concentración en un solo Tribunal de Instancia Provincial (con la pretensión de centralizar todos los servicios en la capital) de un volumen de litigiosidad, territorio y población de dimensiones considerables.

Se justifica ello por los redactores de la Propuesta en "las economías de escala —mensurables en términos de medios personales y materiales, tiempo, etc.— que una completa provincialización de la Administración de Justicia traería consigo" (salvo para Madrid y Barcelona), en las supuestas claras ventajas para una mayoría de profesionales del derecho y en que ello permitiría ganar flexibilidad y maximizar los recursos existentes.

Pero estas afirmaciones no me parecen suficientemente contrastadas y tal opción puede dar lugar a Tribunales y Oficinas Judiciales muy alejadas de los administrados y difícilmente gobernables, por sus dimensiones. Además, los profesionales del Derecho están repartidos por todo el territorio, en Colegios de Abogados y Procuradores de menor ámbito y entiendo que desarrollan una función social importante.

Si se opta finalmente por un desarrollo de Planta intermedio entre la provincia y el partido judicial, o por considerar a los tribunales de partido como secciones de un solo Tribunal de Instancia Provincial, se corregirán algunos riesgos (la ratio, la distancia, el trabajo de los profesionales del Derecho será más cercano de los ciudadanos), pero las dificultades organizativas derivadas de la consideración de órgano único, desplegado en Secciones o Unidades, se pueden multiplicar.

Desde el punto de vista de la imagen de la Justicia, no debe tampoco olvidarse el efecto que puede producir el alejamiento de las poblaciones y de los ciudadanos.

En todo caso, entiendo que un diseño provincial de los Tribunales de Instancia debería hacerse compatible con el necesario acercamiento de la Justicia al ciudadano, mediante mecanismos de Justicia de Proximidad (*Maisons de Droit*, Servicios Sociales de Justicia, Servicios de Orientación Jurídica y de Mediación, Justicia de Paz y de Barrio, etc.).

5. LA DESAPARICIÓN DE LAS JUNTAS DE JUECES

Desaparecería, con la Propuesta, una de las manifestaciones más genuinas de la organización democrática de la Justicia: las Juntas de Jueces. De modo que la única manera que perduraría para que los miembros de la Carrera Judicial pudieran participar en la organización de la Justicia sería la elección de la mitad de los miembros de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia.

Las Juntas de Jueces se respetaban en el Proyecto de 2011, por lo que considero que, si finalmente se aprueba el Proyecto, se producirá un retroceso importante.

No se puede justificar esta opción exclusivamente en razones de eficacia y eficiencia administrativa y habrá que admitir que, aun a riesgo de situaciones en las que las Juntas puedan desviar sus genuinas competencias, han funcionado de forma muy satisfactoria a lo largo de casi 30 años. Sería erróneo pretender conjurar un supuesto riesgo de "politización" con la implantación de un sistema gubernativo jerarquizado y sería injusto negar que las Juntas de Jueces son expresión de democracia e institución que ha colaborado de forma decisiva a la mejora de la Administración de Justicia.

Su completa elusión del esquema organizativo y decisorio que se propone es un error. Estas Juntas han venido funcionando con razonable eficacia y si se confirma

la reforma se perderá la oportunidad de tratar asuntos de interés común que afecten a todos los jueces, participar en la organización administrativa, especialmente en la definición de las normas de reparto, unificar prácticas y criterios, formular consultas y elevar propuestas.

Las Juntas de Jueces han de seguir desarrollando su función, como garantía de la calidad de la Justicia y de promoción de la independencia de sus miembros.

6. LA JERARQUIZACIÓN

La opción de los redactores de la Propuesta es la de la jerarquización, no ya de la Administración de la Administración de Justicia (la Oficina Judicial), sino ahora de la misma organización del trabajo jurisdiccional. Ya no habrá Decanos, con funciones gubernativas exclusivas o compartidas, sino Presidentes de Tribunales de Instancia designados por el Consejo General del Poder Judicial, con funciones directivas y ejecutivas.

Los procedimientos de designación de los Presidentes de los Tribunales de Instancia están jerarquizados en la Propuesta. Los Presidentes de los Tribunales de Instancia y Presidentes de sus Salas, donde haya más de veinte Jueces, serán de nombramiento discrecional por parte del Consejo General del Poder Judicial (art. 319) y será mérito destacado para la provisión de las Presidencias la experiencia en órganos de gobierno y el conocimiento de la situación de los órganos jurisdiccionales comprendidos en el ámbito territorial del respectivo Tribunal Superior de Justicia.

Se pretende garantizar la provisión de estos cargos y plazas judiciales con objetividad, transparencia e igualdad en el acceso de quienes reúnan las condiciones y aptitudes necesarias, pero la experiencia muestra que queda mucho por andar para que estas previsiones se cumplan.

No parece suficiente que la propuesta y la calificación se realicen en la forma prevista para la provisión de vacantes en el Tribunal Supremo (información de los órganos técnicos del Consejo, de la Inspección y de las Salas de Gobierno, *Memorias anuales de las distintas Salas*, *con indicación de los Jueces que sirven en ellas y los méritos destacados que pudieren concurrir en éstos*), ni que puedan ser los candidatos puedan convocados a una comparecencia ante el Pleno, ni que la Comisión Permanente para formar los criterios de calificación recabe conformidad con lo dispuesto, en general, en la Ley Orgánica.

La introducción de sistemas de evaluación y calificación del desempeño no cuenta con tradición en nuestro sistema y los que se conocen, tanto en el ámbito estatal (calificaciones del personal militar, por ejemplo), o en el Derecho comparado (calificaciones de los jueces en Francia) se han caracterizado por fuertes críticas, con denuncia de su falta de rigor y del riesgo de manipulación ideológica.

La introducción de sistemas de valoración del desempeño, con carácter anual, constituye un nuevo foco de posible arbitrariedad. La reforma parece anunciarla solo para la provisión de vacantes de Presidentes de Tribunales de Instancia, pero es evidente que se plantea su generalización sin proceder a un desarrollo legislativo de su sentido y alcance.

Aunque no niego que el exclusivo criterio de antigüedad puede ser insuficiente para la promoción profesional y para la provisión de vacantes, también en funciones de carácter administrativo, entiendo que no se pueden imponer otro criterio de selección de esta manera, parcial y subrepticia.

No se puede admitir la valoración del desempeño como instrumento de la función inspectora y en las evaluaciones anuales que se anuncian, realizadas por los órganos técnicos del Consejo, de la Inspección y de las Salas de Gobierno debería garantizarse, si finalmente se persiste en mantenerlas, la preparación y probidad de los evaluadores, pautarse y reglamentarse con detalle los ítems evaluativos, regular sistemas de revisión y recurso y establecer instrumentos para contrastar la información que se recoja con otros medios, como los informes de los Colegios Profesionales, de los órganos de apelación o casación, o de los propios Presidentes de la Sección en la que sirve el Juez o Magistrado. Además, debe conseguirse un trato igualitario, en las calificaciones, para los Jueces Unipersonales respecto a los que estén integrados en secciones.

El Consejo General del Poder Judicial no solo designa, según la Propuesta, a los Presidentes de Tribunales de Instancia, sino también a los Presidentes de Salas de los Tribunales de Instancia donde haya más de veinte Jueces (art. 260), lo que reproduce los riesgos de discrecionalidad. Para el resto de Tribunales, se respeta el criterio de antigüedad, pero parecería que, por un esencial principio de igualdad, el régimen debería ser el mismo. No parece razonable que en las provincias pequeñas los cargos se difieran por antigüedad y en las más pobladas, por méritos.

En la Propuesta no se especifican tampoco las relaciones de cada Juez o Magistrado, como titular de una Unidad Judicial o miembro de una Sección, con la Oficina Judicial.

7. LA INAMOVILIDAD Y LA COMPOSICIÓN DE LAS SECCIONES

La propuesta prevé, en línea con la vigente regla de composición de las Secciones de las Audiencias Provinciales, que la adscripción de los Jueces y Magistrados a cada Sección del Tribunal de Instancia será funcional, esto es, no orgánica, de modo que podrá modificarse el destino según las necesidades del servicio. Las modificaciones de las Unidades o Secciones judiciales se prevén anuales, a realizar por el Consejo General del Poder Judicial a propuesta de las Salas de Gobierno (art. 136).

Aunque entre las competencias del Presidente del Tribunal de Instancia se recoge la de establecer las composiciones de las diversas secciones y el reparto de los asuntos, no se prevé, en la Propuesta, normas objetivas y preconfiguradas sobre la composición de las secciones y sobre el reparto equitativo y equilibrado del trabajo. El art. 135 de la Propuesta sólo defiende los principios de predeterminación y de publicidad en la asignación de los asuntos litigiosos entre distintas Unidades o Secciones judiciales de cada Tribunal, pero no concreta cómo se constituirán las Secciones, ni los presupuestos de las reglas de reparto.

Esta deficiencia se debe suplir mediante una regulación normativa completa que impida el arbitrarismo y la discrecionalidad del Presidente.

Como reconoce la misma Comisión, “el carácter colectivo —no propiamente colegiado— del Tribunal de Instancia podría prestarse, de no contar con las necesarias cautelas, a manipulaciones espurias en menoscabo de la inamovilidad de los Jueces.”

Y añade: “so pretexto de una conveniente reasignación de efectivos dentro de un mismo Tribunal, se podría cambiar de funciones a un Juez poco grato a quien ostente la correspondiente facultad gubernativa: dado que todo ocurre dentro del mismo Tribunal de Instancia, no habría, en puridad, un traslado; pero es claro que la estabilidad de las funciones encomendadas al Juez sería menor que la actualmente existente y, en este sentido, la *ratio* de la inamovilidad judicial se vería igualmente afectada.”

Acepto que la flexibilidad es un valor en la configuración de las estructuras de las organizaciones, pero me preocupa que las adscripciones dependan con excesiva simplicidad de las opciones del Presidente del Tribunal de Instancia. Los cambios de sección o destino deben quedar reglamentados, para evitar desplazamientos injustificados, que pueden suponer el apartamiento de determinados asuntos o su asignación *ad hominem*, sin razones objetivas.

La propuesta de turnos de sustituciones y el Plan Anual los realiza también el Presidente del Tribunal de Instancia, oídos los Presidentes de Sala, y los aprueba el Consejo General del Poder Judicial, previa consideración de la Sala de Gobierno con criterios objetivos. La misma Sala de Gobierno aprueba de modo vinculante las normas de asignación de las Ponencias que deban turnarse entre los Jueces.

No está prevista la intervención de los mismos Jueces en la elaboración de los turnos y del plan de sustituciones, al haber desaparecido la regulación de la Junta de Jueces. No persiste ninguna forma de participación de los Jueces en la elaboración de las reglas de distribución del trabajo, lo que no me parece adecuado. Debería al menos respetarse un mecanismo de consulta o de sometimiento a información pública.

La Sala de Gobierno tiene también competencias (concurrentes con las del Presidente de Tribunal de Instancia) para completar provisionalmente la composición de las Secciones en los casos en que, por circunstancias sobrevenidas, fuera necesario para el funcionamiento del servicio y para establecer medidas de refuerzo cuando las necesidades del servicio así lo exijan. Nuevamente, reaparece el riesgo de afectar a la movilidad.

La Propuesta refiere también la posibilidad de reordenación de los efectivos judiciales entre las Unidades Judiciales y las Secciones colegiadas siempre que como consecuencia de la desigual entrada de asuntos o de una reforma legislativa se haya producido una alteración significativa del reparto de las cargas de trabajo jurisdiccional entre ellas. La realizará el Consejo General del Poder Judicial a propuesta de la Sala de Gobierno respectiva, con respeto al principio de voluntariedad y en su defecto por orden de escalafón inverso. Se añade que la Sala de Gobierno, a propuesta del Presidente de la Sala del Tribunal de Instancia, podrá autorizar por razones de servicio, con ocasión de vacante, los cambios de destino entre Secciones de los Jueces, con respeto a los mismos principios.

Parece irrenunciable el respeto al principio de voluntariedad y correcto que, a falta de voluntarios, la designación forzosa respete la antigüedad.

8. EL REPARTO DE ASUNTOS

Los mecanismos que se mencionan en la Propuesta para evitar que se afecte la inamovilidad (datos de identificación de la plaza ocupada por cada Juez; turnar los asuntos con arreglo a criterios predeterminados y objetivos e inmediatamente después de ser registrados, comunicándose a las partes; no permitir cambios en el reparto salvo por enfermedad prolongada, licencia de larga duración, existencia de vacantes y refuerzos previamente, con conocimiento de las partes; introducción del libro de incidencias; y reasignación de efectivos dentro del mismo Tribunal de Instancia bajo los criterios de voluntariedad y, a falta de voluntarios, de antigüedad inverso) me parecen adecuados. También se prevé la revisión del reparto a instancia del Juez asignado o de las partes (art. 133 de la Propuesta), con recurso de revisión ante la Sala del correspondiente orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia.

No obstante, se deberían establecer reglas complementarias precisas para garantizar la aleatoriedad de la distribución. Las reglas para el reparto de asuntos y la distribución de ponencias deben quedar claras, en beneficio de la transparencia y por respeto al Derecho al juez natural determinado por la Ley.

9. EL ESTATUTO DEL JUEZ DESIGNADO O DEL PONENTE

El Juez ponente vendrá designado según el turno establecido para la Sala o Sección al principio del año judicial, exclusivamente sobre la base de criterios objetivos. Si se aplica este principio a los jueces que actúen de forma unipersonal, puede quedar afectado el principio de la aleatoriedad en el reparto, especialmente si son pocos los jueces asignados para la misma materia. Por tanto, ha de buscarse un equilibrio entre los criterios objetivos (que deberían limitarse a asignar competencias a una Sección o Unidad Judicial por razón de la materia o de la cuantía y no concretarse nunca en una sola Unidad) y la necesaria garantía de un reparto no predeterminado por razón de la persona.

Una vez asignado el asunto al ponente o repartido al juez unipersonal, la Propuesta garantiza su dirección e inspección de la tramitación de aquellos asuntos que le hayan sido turnados como titular o ponente, lo que me parece correcto.

Debe también aclararse hasta qué punto y en qué supuestos el Presidente del Tribunal de Instancia podrá presidir la Sala propia y debe preverse que no pueda presidir las demás Secciones de su Tribunal, como criterio básico, para garantizar la independencia de cada Sección.

Se introducen interesantes mecanismos de avocación de asuntos, pero se han de concretar los mecanismos de avocación a Pleno de Sección cuando el Presidente o la mayoría de los Jueces de una Sección lo estimen necesario para la Administración de Justicia. El art. 151 de la Propuesta regula también la avocación a Pleno de Sala ante resoluciones con diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la Ley en asuntos sustancialmente iguales al objeto de unificar el criterio y su carácter vinculante.

Me merece una valoración positiva que se respete el principio de voluntariedad para sustituir en Tribunal de otro orden jurisdiccional.

10. LA PROTECCIÓN DE LA INDEPENDENCIA

Se prevé en la Propuesta que el Juez unipersonal que se sienta gravemente inquietado podrá solicitar que el asunto sea enjuiciado por una unidad judicial colegiada.

Entiendo que esta solución aparece ante la insuficiencia e ineficacia de los mecanismos previstos en el art. 14 LOPJ. Me refiero a la escasa beligerancia del Consejo General del Poder Judicial en defensa de los jueces, la inconcreción del alcance jurídico de la causa de la "inquietud" y sus efectos y la pasividad del Ministerio Fiscal, factores que han llevado a muchos jueces a tener que defender la independencia con sus propios medios y a reforzar sus referentes éticos y sus habilidades profesionales.

El mecanismo de "avocación" al tribunal colegiado como instrumento de protección de la independencia del juez debería plantearse después de agotar las medidas necesarias para que cese la perturbación. Sin caer en la defensa corporativa, es posible estudiar mecanismos de protección del juez, como juzgador individual, que le permitan realizar su trabajo en condiciones adecuadas.

En este sentido, valoro positivamente que, según la Propuesta, el Consejo General del Poder Judicial pueda ordenar a quien perturbe o inquiete a los Jueces el inmediato

cese en dicha conducta. Pero se trata de una actividad de policía administrativa que habría que definir con mayor rigor. También se refiere en la Propuesta la posibilidad de considerar la reiteración de la perturbación como delito contra la Administración de Justicia, lo que ha de llevar a una reforma de los tipos penales, debiendo completar el Proyecto de Ley a tales efectos.

Es positivo que la Propuesta suprima la responsabilidad civil directa del Juez, por los motivos que contempla la misma Propuesta. Es razonable que responda tan solo el Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la acción de repetición cuando concurra dolo o culpa grave del Juez o Magistrado.

Es importante reforzar la prohibición de los Tribunales de aprobar, censurar o corregir la interpretación y aplicación de las normas jurídicas hecha por sus inferiores en el orden jerárquico. Entiendo que hay que hacerla extensiva a los órganos gubernativos: los Presidentes de los Tribunales de Instancia, las Salas de Gobierno, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo y el Consejo General del Poder Judicial.

Debe quedar claro que no corresponde al Presidente del Tribunal de Instancia promover la acción penal contra los Jueces y que sólo corresponde dar noticia de hechos presuntamente delictivos al tribunal superior que revise las actuaciones del juez infractor (además del Ministerio Fiscal). Reconocer la legitimación al perjudicado u ofendido, o mediante el ejercicio de la acción popular, mientras perdure la tarea investigadora del juez o su competencia sobre el caso, supone un excesivo riesgo de perturbación. Es suficiente con que, en el caso de que alguna de las partes en un proceso o persona que tuviere interés en él formulen querella contra el Juez que deba resolver en dicho proceso, que, con carácter previo a la admisión de ésta, el órgano competente para su instrucción pueda recabar los antecedentes que considere oportunos a fin de determinar su propia competencia, así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación.

Valoro positivamente que cuando una Sala, Sección o Unidad Judicial de un mismo Tribunal no respete la vinculación a su propio criterio en casos similares precedentes y no lo justifique motivadamente, se considere una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, evitando así toda consideración de una conducta disciplinariamente censurable.

A mi criterio, debería introducirse en el Proyecto una norma que recogiera la competencia exclusiva de las Unidades o Secciones Judiciales Especializas de Familia. La propia Propuesta reconoce la especialidad de estas Secciones y, sin embargo y a diferencia de las restantes Unidades o Secciones Especializadas, no se describen sus competencias. Al menos deberían ser las reconocidas competencias de Derecho de Familia de las Unidades de Violencia Doméstica, cuando estas Unidades no retengan las competencias civiles.

11. CONCLUSIONES

El diseño provincial de los Tribunales de Instancia que se propone parece incompatible con el necesario acercamiento de la Justicia al ciudadano si no se completa al menos con instituciones y mecanismos de Justicia de Proximidad. Por otra parte, la desaparición de las Juntas de Jueces que se propone se aleja de criterios democráticos de participación en los asuntos públicos y supone la desaparición de un instrumento de democracia directa. Su existencia ha supuesto un cauce de participación de los profe-

sionales de la Justicia en su propia organización y un instrumento eficaz para garantizar la independencia judicial, especialmente en materia de reparto y de sustituciones.

La jerarquización que se quiere introducir puede provocar disfunciones graves. La forma de composición de las diversas secciones del Tribunal de Instancia, el sistema de reparto de los asuntos y la fijación de los turnos de sustitución, las competencias del Presidente del Tribunal y también de la Sala de Gobierno deben someterse a una regulación normativa completa que impida el arbitrarismo y la discrecionalidad, evitando el apartamiento de determinados asuntos respecto a un juez concreto o su asignación *ad hominem* y se deben establecer reglas complementarias precisas para garantizar la aleatoriedad de la distribución de los asuntos en beneficio de la transparencia y por respeto al Derecho al juez natural determinado por la Ley. Los criterios objetivos en el reparto de ponencias deberían limitarse a asignar competencias a una Sección o Unidad Judicial por razón de la materia o de la cuantía y no concretarse nunca en una sola Unidad.

El mecanismo de "avocación" al tribunal colegiado, como instrumento de protección de la independencia del juez, debe plantearse después de agotar las medidas necesarias para que cese la perturbación. Entiendo que se deben definir con mayor rigor las potestades del Consejo General del Poder Judicial para ordenar a quien perturbe o inquiete a un juez que cese en su empeño y se ha de reformar el Código Penal para sancionar penalmente estas conductas. La prohibición de aprobación, censura o corrección de interpretación y aplicación de las normas jurídicas hecha por sus inferiores en el orden jerárquico debe hacerse extensiva a los órganos gubernativos: los Presidentes de los Tribunales de Instancia, las Salas de Gobierno, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo y el Consejo General del Poder Judicial.

La introducción de un sistema de valoración del desempeño de la función jurisdiccional parece precipitada, a la falta de una concreción de los factores evaluativos, de la autoridad de los evaluadores, de los sistemas de revisión y de recurso y de los efectos que pueda producir.

En definitiva, de momento, son más las sombras que las luces.

JUECES EN EXPECTATIVA DE DESTINO: ¿JUECES MOVIBLES?

GONZALO ALCOBA GUTIÉRREZ

A mis compañeros de
las Promociones 62º, 63º, 64º y 65º de la EJ
y a sus justas y merecidas aspiraciones

1.INTRODUCCIÓN

La Carrera Judicial sufre, desde hace algunos años, notables distorsiones derivadas de las dificultades suscitadas para la ubicación de sus miembros de nuevo ingreso, a consecuencia de la ausencia de plazas suficientes para ellos.

La descoordinación entre el número de plazas ofrecidas anualmente para el acceso, como juez en prácticas, a la Escuela Judicial y la creación de nuevos Juzgados -actualmente inexistente- ha abocado a una gran cantidad de los nuevos profesionales formados en las Promociones 62, 63 y 64 de la Escuela a una preocupante indeterminación en cuanto a su primer destino como titulares, con la consecuente influencia en el ámbito de sus derechos laborales y de sus posibilidades de conciliación familiar.

Pero, además, esta circunstancia no ha dejado de influir poderosamente en la calidad y seguridad del servicio prestado a los ciudadanos que se presentan ante la Justicia. La oscuridad existente en cuanto a la determinación de las normas de reparto entre jueces de refuerzo y titulares de los órganos, la ausencia de cualquier planificación temporal o, al menos, de información sobre la misma, en cuanto a la solución del problema y, lo que es más importante, la carencia de regulación precisa sobre la situación de estos jueces "sin destino" ha dificultado notablemente el trabajo en los Juzgados a los que estos jueces han sido provisionalmente destinados e, incluso, ha podido hacer peligrar el éxito de los procedimientos que en ellos se ha desenvuelto.

Como se verá, el legislador trató de encauzar el problema a través de la figura de los Jueces en Expectativa de Destino, instituto estatutario ya experimentado en la práctica para acomodar a los jueces de la Promoción 53ª. Sin embargo, tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial como el Reglamento de la Carrera actualmente vigente han claudicado de su deber de ofrecer una regulación completa y segura que ampare, de acuerdo con criterios constitucionalmente irreprochables el trabajo de estos miembros -que lo son de pleno derecho- de la Carrera Judicial.

No puede ignorarse la trascendencia fundamental del asunto que aquí se pretende esbozar. Bastaría, para justificar una cierta dedicación al mismo, su profunda incidencia en la vida de los profesionales afectados, que carecen de seguridad alguna respecto de su más inmediato futuro laboral y, por ende, de sus posibilidades de conciliación familiar.

Sin embargo, no es ese el principal problema a que se enfrenta la Judicatura por esta causa. La inamovilidad de los jueces, constitucionalmente consagrada y de tan sustancial importancia en un Estado democrático se halla en permanente riesgo a causa de esta errática política judicial.

Esto es especialmente grave en un país como España, en el que, recientemente, se ha abierto un desgraciado abismo entre las instituciones democráticas y la ciudadanía, a causa de comportamientos y actitudes que reflejan una escasa educación en la probidad y el respeto a lo público de muchos responsables de la Administración. En ese contexto, la seguridad en el Juez que ha de conocer cada proceso se ofrece para el justiciable como una garantía insustituible.

2. EL JUEZ EN EXPECTATIVA DE DESTINO. UN INSTITUTO EN EXPECTATIVA DE REGULACIÓN.

El artículo 308.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que "*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 301.4, aquellos aspirantes aprobados que no pudieran ser nombrados jueces titulares de órganos judiciales ingresarán en la Carrera Judicial en calidad de jueces en expectativa de destino, tomando posesión ante el Presidente del Consejo General del Poder Judicial, al que quedarán adscritos a los efectos previstos en los artículos 210.1, 216, 216 bis, 216 bis 2, 216 bis 3 y 216 bis 4. Los jueces en expectativa de destino tendrán preferencia sobre los jueces sustitutos en cualquier llamamiento para el ejercicio de las funciones a las que se refieren los artículos indicados en el párrafo anterior y cesarán en su cometido en el momento en el que sean nombrados jueces titulares y destinados a las vacantes que se vayan produciendo, según el orden numérico que ocupen en la lista de aspirantes aprobados*".

Este precepto y los aludidos en el mismo contienen la única regulación existente de la figura del Juez en Expectativa de Destino (en adelante, JED) que puede hallarse en la Ley vigente.

La incorporación a la LOPJ del referido instituto funcionarial data de la modificación publicada en fecha 11 de diciembre de 2002. Esta disposición fue desarrollada, de forma sucinta, mediante Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de fecha 12 de marzo de 2003, que modificó el Reglamento, entonces vigente, de la Carrera Judicial y dedicó a la materia el artículo 129 bis del mismo. Inexplicablemente, sin embargo, tal regulación de desarrollo ha desaparecido en el nuevo Reglamento de la Carrera, en vigor desde el día 29 de mayo de 2011, fecha, precisamente, muy próxima a la toma de posesión de la primera Promoción de la Escuela Judicial afectada por el problema de la insuficiencia de plazas en régimen de titularidad: la número 62.

En efecto, como se extrae de la Exposición de Motivo del referido Acuerdo del CGPJ de 2003, el desarrollo reglamentario de la situación de expectativa de destino, a la que se consideraba, con todo acierto, como una modalidad más de la situación de servicio activo, que se vino a agregar a las mencionadas en el art. 349 de la LOPJ, permitió, al menos, definir con cierta lógica la naturaleza de su régimen administrativo y conferir alguna certeza a su *estatus.*

Así, el referido art. 129 bis del mencionado Reglamento, comenzó por circunscribir el ámbito en el cuál podían ser empleados los servicios de cada JED -de refuerzo o sustitución- al de una sola provincia, en calidad de adscritos al correspondiente Tribunal Superior de Justicia, lo que otorgaba, al menos, la garantía de permanencia en un territorio no excesivamente extenso durante todo el periodo de carencia de propio destino.

De igual forma, el mencionado precepto dispuso un claro orden de prelación en cuanto a los órganos en los que los JED deberían ejercer sus funciones de refuerzo: en primer lugar Juzgados de Instrucción y Primera Instancia servidos por jueces, subsidiariamente otros órganos unipersonales de los mismos órdenes servidos por magistrados y, excepcionalmente, en caso de no poder encomendárseles tareas en dichos órganos, las pres-

tarían en órganos colegiados de los órdenes civil y penal y, subsidiariamente, en órganos unipersonales de otros órdenes. Todo ello, como es evidente, con la finalidad de emplear razonablemente la formación, tan costosa y consolidada, que en materia penal y civil se ha impartido a los jueces de nuevo ingreso.

También resulta reseñable, en esta derogada regulación, el hecho de que en la misma se concrete con cierta precisión que los JED ejercerían, con absoluta preferencia sobre los jueces sustitutos, funciones de refuerzo y sustitución de larga duración, hasta el punto de que el apartado 5 de dicho precepto rezaba: "*Sólo excepcionalmente, si se diese la circunstancia de que algún Juez en expectativa de destino no tuviese transitoriamente encomendadas funciones de refuerzo o de sustitución de larga duración en órgano alguno, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia al que se halle adscrito podrá, a propuesta del respectivo Juez Decano y dando cuenta al Consejo General del Poder Judicial, disponer por cada Juez en expectativa de destino hasta un máximo de cuatro llamamientos anuales para el ejercicio de funciones de sustitución de corta duración en órganos jurisdiccionales de los señalados en el apartado 2 del presente artículo con sede en la provincia de adscripción*".

Se incorporó, además, a esta regulación la previsión de indemnización de los gastos en que pudieran incurrir los JED por razón de sus desplazamientos y otros derivados de la especial naturaleza de los servicios que prestan, así como el cómputo del tiempo de servicio en esas condiciones a efectos de permanencia en el primer destino.

En definitiva, se pretendió limitar la oscuridad a la que, con cierta facilidad, podría llegar a someterse el ejercicio de la función jurisdiccional para estos nuevos profesionales. Lo llamativo es, por tanto, que, en lugar de profundizar en dicha regulación, el CGPJ, ante un horizonte tan problemático, optara por la supresión de este precepto en el nuevo Reglamento. Y, más aun, que, despejadas las dudas sobre la congelación de creación de plazas judiciales ya avanzado el año 2012, la situación del JED siga sumida en una nebulosa peligrosamente propicia para la arbitrariedad en el gobierno de los jueces.

Lo cierto es que, tras la derogación de la regulación referida, el CGPJ ha optado, en términos generales, por continuar aplicando las líneas básicas de la misma, tratando de ofrecer a los nuevos jueces sin destino condiciones los más estables posibles dentro de su evidente precariedad. Sin embargo, ni los esfuerzos realizados han sido eficaces ni parece que hayan sido plenos.

Como se ha dicho anteriormente, no obstante, la LOPJ sí contiene expresas previsiones respecto de los JED, si bien nunca para desarrolar con la suficiente concreción su particular estatuto jurídico funcionarial.

El art. 210 de la LOPJ prevé que dichos jueces asuman la sustitución de sus compañeros cuando ésta resulte precisa, si bien solo en defecto, en primer lugar, de otros jueces que se hubieran prestado voluntariamente a participar en el turno de sustituciones, en segundo término, de los jueces que, a propuesta de la Junta de Jueces haya sido designado por la Sala de Gobierno del TSJ como sustituto ordinario de quien haya de ser sustituido y, en tercer lugar, de los jueces de adscripción territorial, cuya regulación se contiene en el art. 347 de la LOPJ.

Este precepto, puesto en relación con el art. 308.2 de la Ley, antes transcrito, en el que se determina la absoluta preferencia de los JED sobre los jueces sustitutos en el acceso a sustituciones -y a plazas de refuerzo- lleva necesariamente a cuestionarse, ante la ausencia de regulación de desarrollo y de pronunciamientos jurisprudenciales, cuál es el alcance de dicha preferencia. Es dudoso que los JED puedan optar a sustituciones cuando sirven provisionalmente en cualquier órgano -y resulta inimaginable, al

menos hasta ahora y atendida la carga excepcional de trabajo que existe en casi todos los órganos, que un JED pueda hallarse, en algún momento, "desocupado"-. Dicha preferencia resulta, por tanto, ilusoria si no se ofrece al JED que ya se halla sirviendo en otro Juzgado la posibilidad de optar por una nueva sustitución, "liberando", pues, el destino provisional que en tal momento ocupe.

Tampoco se aclara si el ámbito territorial de sustituciones a que se llame a los JED habrá de tener un carácter provincial, regional o nacional. En este punto, como se ha dicho, el art. 129 bis del anterior Reglamento era tan claro como lo es hoy el art. 116 del Reglamento 2/2011 respecto de los Jueces de Adscripción Territorial, con elusión de toda mención a los JED. Así, en tal artículo, se prevé que los JAT ejerzan sus funciones en el ámbito de una única provincia, sin perjuicio de que, excepcionalmente, pueda el Presidente del TSJ realizar llamamientos a provincias diferentes cuando "el mejor servicio de la Administración de Justicia lo requiera", trayendo, pues, a la regulación reglamentaria el contenido del art. 347 bis de la LOPJ.

Es más, frente a lo dispuesto respecto de los JAT, el art. 308.2 de la LOPJ no prevé que los JED tomen posesión ante la Sala de Gobierno del TSJ, ni que queden adscritos a este órgano, sino que lo hagan ante el Presidente del CGPJ, quedando adscritos al mismo a los efectos de sustituciones y refuerzos.

Debe precisarse que, no obstante, hasta ahora, en todos los casos, los JED han tomado posesión de sus cargos ante las correspondientes Salas de Gobierno de los TSJs del ámbito territorial de cada uno de los Juzgados a los que, en régimen de apoyo o refuerzo y por elección propia con preferencia según orden escalafonal, han sido adscritos. Sin embargo, la parquedad de la previsión legal ha convertido en un mero compromiso desprovisto de sanción jurídica la palabra dada de no hacer uso de estos profesionales fuera del ámbito territorial de su primer destino provisional.

Idéntica nebulosa a la referida a las sustituciones habrá de padecer cualquier JED que resulte destinado a ejercer funciones de refuerzo de órganos judiciales de conformidad con los artículos 216 bis y siguientes de la LOPJ. Si bien, sobre este punto conviene realizar algunas precisiones.

El art. 216 bis establece, en su apartado primero que : " *Cuando el excepcional retraso o la acumulación de asuntos en un determinado juzgado o tribunal no puedan ser corregidos mediante el reforzamiento de la plantilla de la Oficina judicial o la exención temporal de reparto prevista en el artículo 167.1, el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar excepcionales medidas de apoyo judicial consistentes en la adscripción de jueces y magistrados titulares de otros órganos judiciales mediante el otorgamiento de comisiones de servicio*". Por su parte, el apartado tercero del mismo precepto dispone: "*También se podrá acordar la adscripción en calidad de jueces de apoyo, por este orden, a los jueces de adscripción territorial a que se refiere el artículo 347 bis, a los jueces en expectativa de destino conforme al artículo 308.2, a los jueces que estén desarrollando prácticas conforme al artículo 307.2 y excepcionalmente a jueces sustitutos y magistrados suplentes*".

Por tanto, bien entendido dicho artículo, parece claro que se prevén dos vías diversas para dotar a un órgano sobrecargado de un juez de apoyo. En primer lugar, el otorgamiento de una comisión de servicio -con o sin relevación de funciones- al titular de otro órgano jurisdiccional. Y, en segundo término, la adscripción en calidad de juez de apoyo, por el orden que se deduce de la propia enumeración, de un juez de adscripción territorial -teniendo en cuenta que este instituto se halla regulado con claridad en el Reglamento de la Carrera Judicial-, de un JED, de un juez en prácticas -en proceso de formación y, por ende, aun no incorporado a la Carrera Judicial- y, finalmente, por un juez sustituto o magistrado suplente.

El art. 216 bis 4 de la LOPJ, sin embargo, dispone que: "*Las comisiones de servicio y las adscripciones en régimen de apoyo de Jueces y Magistrados suplentes se solicitarán y se otorgarán por un plazo máximo de seis meses, que comenzará a correr desde el momento de la incorporación de los designados a los Juzgados o Tribunales objeto de refuerzo. No obstante, si durante dicho plazo no se hubiere logrado la actualización pretendida, podrá proponerse la nueva aplicación de la medida por otro plazo igual o inferior si ello bastase a los fines de la normalización perseguida. Las propuestas de renovación se sujetarán a las mismas exigencias que las previstas para las medidas de apoyo judicial originarias*".

De todo ello parece deducirse que la limitación temporal de tan excepcional medida -seis meses susceptibles de renovación- no alcanza a los JED, como tampoco a los JAT ni a los jueces en prácticas de la Escuela Judicial. Y, por tanto, no existiendo disposición de desarrollo de esta disposición, ni del estatuto jurídico de los jueces sin destino, la sombra a que nos venimos refiriendo sobre la naturaleza y alcance de la tarea de estos profesionales abarca también, sin ninguna duda, al heterogéneo estado en que se halla un Juzgado sujeto a la medida de refuerzo que venimos describiendo cuando la misma ha sido adoptada mediante el nombramiento de un JED.

Es claro que toda esta imprecisión revierte con toda crudeza en las expectativas del justiciable. Sobre ello se hablará, aunque brevemente, al término de esta exposición.

3. LOS JED Y SU ESTATUTO JURÍDICO.

Como se ha dicho, tal y como se expone en la Exposición de Motivos del Acuerdo del CGPJ 4/2003 por el que se modificó el hoy derogado Reglameto 1/1995 de la Carrera Judicial, con el fin de incorporar al mismo el art. 129 bis, la del JED no puede entenderse sino como una modalidad de servicios activos a los que se refiere, como situación administrativa genuina, el art. 349 de la LOPJ.

Nótese que este precepto, al enumerar las distintas categorías en que se subdivide la situación de servicio activo, menciona la de "jueces adjuntos". Esta denominación se halla reservada, hoy día, a los jueces en prácticas de la Escuela Judicial que desarrollan la última fase de formación práctica bajo la dependencia de tal organismo -y que, por tanto, no pertenecen a la Carrera Judicial, pues aun no han ingresado en la misma, según se deduce del art. 301 y siguientes de la LOPJ y del propio Reglamento de Jueces Adjuntos-. Sin embargo, parece que su inclusión en el art. 349 de la LOPJ, que se produjo mediante reforma publicada en fecha 26 de diciembre de 2003, pretendía acomodar dicho artículo a la nueva redacción dada al art. 308 de la LOPJ, en el que no se hablaba de jueces en expectativa de destino, sino de jueces adjuntos. Es claro que, tras la reforma de este último precepto, publicada en fecha 28 de diciembre de 2012, mediante la cual se retornó a la denominación de "jueces en expectativa de destino", circunscribiendo la de jueces adjuntos a los referidos jueces en formación, el legislador olvidó modificar igualmente el art. 349.

En todo caso, la inexistencia de disposición alguna que prevea una catalogación diferenciada de los JED obliga, como ya apuntó la exposición de motivos del referido acuerdo del CGPJ 3/2004, a considerar a dichos jueces como en situación de servicio activo, sin perjuicio del carácter excepcional de su régimen.

Ahora bien, la aplicación a los JED de cuantas normas regulan el estatuto profesional de los demás jueces y magistrados en servicio activo no basta para eludir los notables inconvenientes que la inexistencia de especialidades normativas respecto de los mismos está generando en la aplicación práctica. Nos referiremos solo a algunas de ellas, sin olvidar que, en todo caso, existen muy abundantes distorsiones en este punto que requieren un análisis más detenido.

En primer lugar, dada la situación actual de los miembros de la Carrera Judicial que se hallan sujetos a este régimen -más de trescientos, a día de hoy- es especialmente importante referirnos a la privación del derecho a participar en concursos de traslado a plazas en titularidad al que, sin ninguna apoyadura legal, han sido sometidos en los últimos tiempos.

El propio artículo 308 de la LOPJ, en su último párrafo, dispone que los JED "*cesarán en su cometido en el momento en el que sean nombrados jueces titulares y destinados a las vacantes que se vayan produciendo, según el orden numérico que ocupen en la lista de aspirantes aprobados*".

Es decir, la excepcionalidad de este estado de expectativa lleva al legislador, con toda lógica, a declarar, igualmente, la provisionalidad de sus funciones, cuyo ejercicio queda supeditado a la toma de posesión de quienes las ejercen como titulares en los destinos vacantes que se produzcan. Cierto es, sin embargo, que la Ley evita, una vez más, disponer con claridad el mecanismo que habrá de emplearse para procurar a estos jueces plazas en régimen de titularidad.

En todo caso, más allá de ello, la vocación hacia la consecución de un destino en régimen de titularidad para los JED viene corroborada por la omisión de cualquier excepción a su derecho a participar en concursos de traslado en la Ley, puesto que los arts. 327 y siguientes de la LOPJ no establece limitación alguna semejante a la que se viene conteniendo en las bases de las recientes convocatorias de dichos concursos publicadas a lo largo de los años 2013 y 2014.

No parece conciliable con lo establecido en el art. 327 de la LOPJ, en consonancia con sus concordantes, que el Consejo General del Poder Judicial, más allá de la reserva de plazas para posteriores concursos que le consiente el último párrafo del art. 326 de la misma norma, no solo llegue a excluir a determinados miembros de la Carrera -no mencionados entre las excepciones legales- de los concursos de traslado convocados para la categoría de juez, sino que, además, pretenda -como así se hizo respecto de la Promoción 62º- reservar determinadas plazas, por más que ya ofrecidas en anteriores concursos de traslado, para un concurso exclusivo y excluyente dirigido únicamente a los JED.

Toda esta extraña arquitectura diseñada para afrontar los últimos inconvenientes de la ausencia de Juzgados de nueva creación, al margen de su cuestionable eficacia, carece del menor fundamento legal y adolece, por tanto, de una grave tacha de arbitrariedad, incompatible, no ya solo con el art. 9.3 y el 103 de la CE, sino incluso con la propia esencia de la función jurisdiccional, que ha de ejercerse, en cada órgano y respecto de cada asunto, por el Juez natural predeterminado legalmente.

Y, precisamente, con este último punto se halla estrechamente vinculada la segunda carencia que, en cuanto al estatuto especial de los JED, se observa en su exigua regulación.

Si el art. 119 del Reglamento vigente de la Carrera Judicial, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 117 de la CE, garantiza la inamovilidad de los jueces de adscripción territorial en el órgano al que haya sido adscrito "*hasta en tanto no se cubra la vacante de manera ordinaria, se reintegre el titular del órgano judicial o el Consejo General del Poder Judicial acuerde la finalización de la medida de refuerzo, de oficio o a propuesta del Presidente del Tribunal Superior de Justicia*", es deseable una garantía reglamentaria semejante para los JED, igualmente sujetos a las específicas necesidades de los órganos en los que ejercen sus funciones.

Este precepto impide al correspondiente Presidente de TSJ, encargado de designar al JAT que habrá de ser adscrito a un determinado órgano, decidir sobre el cese del mismo, que solo se produce por conclusión de la causa que originó la adscripción, es decir, la

terminación de la vacancia de la plaza o la conclusión de la medida de refuerzo acordada en su día.

La ausencia de un precepto semejante en relación a los JED permite imaginar, no sin perplejidad, que uno de estos jueces pueda ser removido de su cargo como Juez de Apoyo, sin más limitación que la discrecionalidad de quien acordó su nombramiento.

4. CONCLUSIÓN.

Como se expuso, las carencias referidas en cuanto a la regulación de la figura del JED afecta, a día de hoy, a un número de jueces, pertenecientes a la Carrera Judicial, que excede de los trescientos y que se sufren una lacerante inseguridad jurídica en el ejercicio de sus funciones.

La experiencia habida tras la incorporación de la 62ª Promoción de la Escuela Judicial en 2012 no propició, desde luego, una reconsideración seria de los problemas generados. Es cierto que se optó, con posterioridad, por evitar, en la medida de lo posible, la coincidencia de dos o más jueces en un mismo órgano, lo que se había demostrado escasamente práctico para el desarrollo del trabajo, pues generó notables dudas en cuanto a reparto de asuntos, conflictos internos, algunas veces graves, en el seno de los órganos y distorsiones en el desarrollo de su labor por parte de la Oficina Judicial.

Sin embargo, la movilización de los miembros de la Carrera Judicial a través de sucesivas comisiones de servicio, que posibilitó que los jueces de las 63ª y 64ª Promociones pudieran ser enviados como jueces de apoyo a los destinos "liberados" por sus titulares, no ha solventado ninguno de los problemas que se han puesto de manifiesto en este breve análisis, pues no garantiza en modo alguno la estabilidad profesional de los JED, ni otorga al ciudadano la necesaria garantía de inamovilidad y predeterminación del juez a que constitucionalmente tiene derecho. Además, desde una óptica puramente centrada en la eficacia administrativa, no parece que la generalización de una situación excepcional -las comisiones de servicio y el nombramiento de jueces de apoyo se configura legalmente como una solución extraordinaria a problemas muy concretos- resulte aconsejable para el buen gobierno de un la Administración Judicial.

No se oculta, cierto es, que esta política inconsistente tiene su razón de ser en una previa incapacidad del Poder Ejecutivo para satisfacer las necesidades acuciantes del Poder Judicial, que precisa de la creación de Juzgados y la dotación de los mismos. En un Estado en el que el gobierno del Tercer Poder se halla privado de la necesaria autonomía presupuestaria y de competencias sustanciales para el buen ejercicio de éste, pocas opciones restan a éste cuando se le hurtan los medios necesarios para garantizar el servicio adecuado a los ciudadanos.

Sin embargo, es exigible al CGPJ que ofrezca a los miembros de la Carrera Judicial y al conjunto de los ciudadanos criterios claros y predeterminados que permitan tomar plena consciencia del destino del servicio público que administra. Lo contrario, además de contradictorio con el principio de no arbitrariedad de los Poderes Públicos, consagrado en el art. 9.3 de la CE y en el art. 103 de la misma, puede abocar a los justiciables a la inseguridad y a la indefensión frente a los actos de la Administración con la que tratan.

No debe olvidarse que la confianza de los ciudadanos en un Poder Judicial verdaderamente ajeno a cualquier presión o interferencia constituye uno de los elementos esenciales en la configuración del sistema judicial de la sociedad democrática y es, además, uno de los pilares que sostienen la legitimidad del Estado. No parece posible, sin embargo, consolidar esa confianza sin garantizar la estabilidad profesional de los jueces, llamados por la Constitución a ejercer la función jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

TEORÍA/PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN

ACCESO A LOS RECURSOS Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA[1]

Fernando ZUBIRI DE SALINAS

> "Si un juez instruye un caso, dicta sentencia y extiende veredicto sellado, pero luego modifica su sentencia, al juez le probarán que ha cambiado la sentencia y la suma de la sentencia la tendrá que pagar 12 veces. Además, en pública asamblea, le echarán de su sede judicial de modo irrevocable y nunca más podrá volver a sentarse con jueces en un proceso".
>
> *Código de Hammurabi, 5* (texto castellano del profesor Dr. Guillermo Fatás, de la Universidad de Zaragoza)

1. LA CONFIGURACIÓN DE LOS RECURSOS DEVOLUTIVOS

En nuestro proceso civil el juez que dicta sentencia, o resolución sobre el fondo de la cuestión debatida, no puede modificar la decisión adoptada, una vez ha sido firmada por él. El principio de seguridad jurídica y los efectos de ejecutividad y cosa juzgada impiden esta modificación. Dicho principio general no se ve alterado por la posibilidad de aclaración o complemento de las resoluciones, recogido en los arts. 214 y 215 de la LEC. Para corregir los defectos de una sentencia o resolución de fondo el sistema recurre a la sustanciación de los recursos devolutivos.

El proceso civil se rige, en nuestro ordenamiento jurídico, por el principio de doble instancia, o doble grado de jurisdicción. Conforme a él, las resoluciones de los jueces inferiores puedan ser examinadas y revocadas, en su caso, por los tribunales superiores. El recurso de apelación es el medio que permite a los litigantes llevar ante el tribunal de segundo grado una resolución que estiman injusta. Así todo juicio, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley, debe de pasar sucesivamente por el conocimiento de dos tribunales. Ese doble grado de jurisdicción representa una garantía para los ciudadanos, pues posibilita la corrección de los errores, en cuanto a que los dos juicios se confían a jueces distintos, y el tribunal de apelación es un órgano colegiado, y por ello —en principio— aparece con más autoridad que el primero.

1 Este texto corresponde a la ponencia presentada en las Jornadas de la Comisión de Derecho Privado de Jueces para la Democracia, celebradas en Zaragoza, 6-7 de marzo de 2014.

En virtud de la apelación, la causa fallada por el juez inferior es traída al juez superior. Este puede llegar a tener el mismo conocimiento pleno del negocio que el primer juez, por cuanto examina la causa bajo todos los aspectos que pudieran ser objeto de examen por parte del primero. Solo el principio procesal *tantum devolutum quantum apellatum* limita el contenido del recurso de apelación, ya que las cuestiones consentidas no son objeto de decisión por el tribunal de segunda instancia. El conocimiento del segundo tribunal tiene por objeto, inmediatamente, la sentencia de primer grado; pero finalmente resuelve la relación jurídica debatida, sobre la cual el segundo juez ha de resolver *ex novo*, con fundamento en las alegaciones realizadas y pruebas practicadas en la primera y segunda instancia.

La apelación tiene, como es sabido, dos efectos:

1. Efecto suspensivo, salvo la posibilidad de ejecución provisional.
2. Efecto devolutivo, a cuyo tenor la causa fallada por el juez inferior pasa al pleno conocimiento del tribunal superior.

Pero el doble grado de jurisdicción no está garantizado por la Constitución respecto de los asuntos civiles. Como expresa la STC 199/1988, "*en el art. 24.1 de la Constitución está comprendido el derecho a la utilización de los medios de impugnación y de las diversas instancias previstas en el ordenamiento jurídico, de suerte que el acceso al recurso de apelación, en los términos establecidos por la ley, constituye un instrumento procesal del que pueden servirse las partes para obtener la resolución judicial definitiva que garantiza el citado precepto constitucional".*

De esta forma, el TC reconoce un derecho a la utilización de los medios de impugnación, entre ellos los recursos devolutivos, pero en la forma y con los límites previstos en el ordenamiento jurídico procesal[2]. Al respecto Montero Aroca mantiene que "en el proceso civil el derecho al recurso no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE"[3]. Lo que es cierto, si bien sería más preciso configurarlo en sede del derecho al proceso debido, o al proceso con todas las garantías, como sustenta Saavedra Gallo[4].

En este sentido el TEDH ha mantenido que existe violación del art. 13 del Convenio europeo de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuando no se otorgan en el derecho interno instrumentos legales para recurrir frente a las posibles violaciones de los derechos y libertades de los ciudadanos[5]. Aunque en general la protección que brinda este precepto se ha

---

2 El profesor Pablo Saavedra Gallo critica, con relevantes argumentos, esta doctrina del TC: "estamos ante una de las consecuencias de la errónea doctrina del Tribunal Constitucional en torno a los recursos". En "*La reforma de los recursos en la Ley de medidas de agilización procesal"*, página 237.

3 Montero Aroca, Juan: *El nuevo proceso civil*, pagina 475.

4 Saavedra Gallo, Pablo, obra citada, página 237.

5 STEDH de 25 de marzo de 2103: II. Alleged violation of article 13, in conjunction with article 6 § 1 of the convention

27. The applicant further complained of the fact that in view of the divergent practice of the Constitutional Court and the dismissal of his constitutional complaint he had been denied an effective remedy in violation of Article 13, in conjunction with Article 6 § 1 of the Convention.

Article 13 of the Convention reads as follows:

"Everyone whose rights and freedoms as set forth in (the) Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."

A. Admissibility

28. The Government submitted that the applicant had at his disposal remedies compatible with the requirements of the Article invoked. Therefore, they considered that the complaint was manifestly ill-founded.

As a matter of principle, they advanced identical lines of argument as in the cases of Ištván and Ištvánová (cited above) and Komanický (no. 6) (cited above). In particular, prior to his constitutional compliant, the applicant had the opportunity of asserting his complaint by way of a complaint to the president of the Enforcement Court and, independently

esgrimido con éxito en materia de derechos fundamentales en el proceso penal, podría plantearse en el proceso civil si la limitación del derecho de acceso a los recursos fuese de la entidad suficiente como para afectar al derecho fundamental al proceso debido.

El derecho al recurso es hoy, en nuestro ordenamiento jurídico, un derecho de configuración legal. Constituye un derecho, cuya renuncia está permitida por las leyes (ver Código civil, artículos 872 y 1881, inciso 3°), renuncia que puede hacerse antes del fallo, por convenio entre las partes, o después de aquél, dejando transcurrir el término para la interposición del recurso o desistiendo del que se hubiere interpuesto[6].

El TC únicamente ha establecido que los requisitos para la admisibilidad de los recursos devolutivos no pueden fijarse arbitrariamente, sino que han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifican su existencia (STC 46/1982 y 172/1987)[7].

El Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, recoge en su art. 6º el derecho a un proceso equitativo: "*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella".*

Pero, tras enunciar el principio, no determina como derecho fundamental el derecho al recurso contra la sentencia de primera instancia.

El TEDH no se ha planteado expresamente este derecho, como incluido entre los derechos humanos reconocidos en el Convenio. La Sentencia de 23 de marzo de 2010 considera la petición del demandante en orden a la revisión de una sentencia, con efecto de cosa juzgada, por un tribunal superior: "*14. The Court has frequently found violations of Article 6 § 1 of the Convention in cases raising issues similar to the one in the present case, as it has considered that the extraordinary appeal under review infringed the principle of legal certainty in so far as it was not open to both the parties to the proceedings, but to the Procurator-General alone. It has also considered that, by allowing the application, the High Court of Cassation and Justice had set at naught an entire judicial process which had ended in a judicial decision that was res judicata (see, among many others, Brumˇarescu, cited above, § 62; SC Mas¸inexportimport Industrial Group SA, cited above; and Cornif v. Romania, no. 42872/02, §§ 29-30, 11 January 2007)".*

---

of that, he could have asserted his rights by way of a claim under the State Liability Act. Had all of these options failed, it would have been open to the applicant to resort to the Constitutional Court as an ultimate remedy.

29. Apart from the arguments submitted in respect of the Government's objections in respect of his complaint under Article 6 § 1 of the Convention (see paragraph 17 above), the applicant has made no separate submission.

30. The Court notes that the Government's arguments as to the exhaustion of domestic remedies in respect of the complaint under Article 6 § 1 of the Convention have been rejected (see paragraphs 19 et seq. above) and that a violation of that Article has been found (see paragraph 26 above).

It follows that the complaint under Article 13 of the Convention, in conjunction with Article 6 § 1 of the Convention, is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention.

The Court further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

31. The Court recalls that in its above-mentioned judgments in the cases of Ištván and Ištvánová (cited above, §§ 108 - 113) and Komanický (No. 6) (cited above, §§ 104-110), it examined substantially the same complaint as asserted in the present case and substantially the same objections as raised by the Government in the present case while in those cases the Government's objections have been dismissed and violations of Article 13 of the Convention have been found. It finds no reasons for reaching a different conclusion in the present case.

There has accordingly been a breach of Article 13, in conjunction with Article 6 § 1 of the Convention.

6 Bonet Navarro, Ángel: *Los recursos en el proceso civil*, pág. 95 y siguientes.

7 Armenta Deu, María Teresa, en: *Comentarios a la LEC*, coordinados por Cordón Moreno y otros. Volumen I, página 1524.

En el caso allí planteado entendió que se producía violación del art. 6.1 del Convenio cuando la disposición legal no permitía el acceso al recurso para todas las partes, sino solamente al ministerio público.

La Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial:

"Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia".

El apartado 1 se basa en el artículo 13 del CEDH: "*Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".*

No obstante, en Derecho comunitario la protección es más amplia, ya que garantiza un derecho a un recurso efectivo ante un juez —pero no, necesariamente, el recurso frente a la decisión del juez de primera instancia—. Según el Tribunal de Justicia, este principio también se aplica a los Estados miembros cuando éstos aplican el Derecho comunitario[8]. Pero el principio se aplica en los Estados conforme a las vías procesales previstas en los Tratados. Se extiende a las instituciones de la Unión y de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, para todos los derechos que garantiza el Derecho de la UE.

Dicha regulación no sirve directamente en el proceso civil, como forma de asegurar la efectividad de un derecho al recurso frente a una decisión de fondo del juez de (primera) instancia.

Examinando la cuestión desde la perspectiva del derecho procesal español, la LEC de 2000 reguló un sistema de recursos frente a las decisiones de fondo que podía permitir el pleno desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía de seguridad jurídica. Así:

- Establecía de modo general la doble instancia en los procesos civiles;
- Instauraba un nuevo recurso extraordinario, el de infracción procesal, que podía ser la forma de ejercicio del amparo judicial;
- Inauguraba, en la regulación del recurso de casación, una vía de acceso que podía asegurar la creación de jurisprudencia en todas las materias sustantivas.

Pero la evolución posterior —ya desde la entrada en vigor de la ley— ha ido frustrando las expectativas generadas, hasta el punto de que hoy existen importantes limitaciones al acceso a los recursos, que impiden la plenitud de ejercicio de ese derecho y dificultan el ejercicio de la jurisdicción.

Esto nos pone en situación: el acortamiento de derechos que se ha llevado a cabo mediante las reformas procesales y las dificultades que para su ejercicio derivan de

8 El Tribunal de Justicia consagró este principio en su sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, asunto 222/84, y de 3 de diciembre de 1992, C-97/91, Borelli.

las nuevas leyes han sido buscados de propósito, y afrontarlos requiere un ejercicio de razonamiento complejo.

En años anteriores (2000-2010) se producía una espiral de aumento de litigiosidad, consecuencia del incremento de la actividad económica y las relaciones sociales y jurídicas, de la conciencia ciudadana de los propios derechos y de su defensa ante los tribunales (recuérdese el significado de la acción civil: el derecho en pie de guerra). Ante ello, el legislador hasta el año 2010 optó por ir aumentando la planta judicial, creando juzgados y plazas de tribunales colegiados, como forma de impedir el colapso de la administración de justicia.

Una vez asumida la existencia de una grave crisis económica, el reconocimiento del déficit del sector público y su insostenibilidad, juntamente con la amenaza de un rescate, el legislador optó por la solución más fácil: si no podemos aumentar el denominador, disminuyamos el numerador. Así, el cociente saldrá corregido, y la apariencia será de agilización de la administración de justicia.

Con todo, la limitación del acceso a los recursos de apelación perjudica gravemente el derecho a la tutela judicial de la parte y, además, el derecho a la seguridad jurídica. Porque el recurso de apelación no tiene importancia únicamente para la parte que haya visto desestimada alguna de sus pretensiones, introducidas en el proceso, sino que tiene un efecto benéfico para el órgano de enjuiciamiento de primera instancia:

a) permite siempre la revisión de lo decidido por éste, lo que da seguridad de que un eventual yerro podrá ser siempre enmendado;
b) deja en sus justos términos remedios extraordinarios, como el incidente de nulidad de actuaciones;
c) evita reclamaciones por error judicial, y demandas por responsabilidad civil profesional del juez;
d) ayuda al juez de primera instancia a conocer el criterio del órgano superior;
e) permite a éste pronunciarse sobre cualquier clase de cuestión jurídica, fijando así la llamada "jurisprudencia menor";
f) asegura a los profesionales del derecho el conocimiento de este criterio.

2. EL ACCESO AL RECURSO DE APELACIÓN:

2.1. Resoluciones recurribles

El art. 455.1 de la LEC expresa: "*Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la Ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros".*

Este texto fue introducido, en su actual redacción, por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. La redacción inicial indicaba que *"Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la Ley expresamente señale, serán apelables en el plazo de cinco días".*

La modificación legislativa operada por la llamada ley de agilización procesal fue objeto de críticas, y de un informe desfavorable de Jueces para la Democracia.

Entre otros autores, Banacloche Palao, catedrático de derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid, disentía de la justificación expresada en la Exposición de motivos de la ley, a la que consideraba "ramplona y acientífica", pues si se trata de evitar el uso, a veces abusivo, de instancias judiciales, se produce una reacción

legislativa de desproporción manifiesta[9].Y también Saavedra Gallo califica esta reforma en materia de recursos como "un paso atrás"[10].

En el informe de JpD se expresaba:

La afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es clara al excluir de la segunda instancia las reclamaciones de cantidad de hasta 6.000 euros o las sentencias que carezcan de efectos de cosa juzgada.

No es admisible esta restricción a un derecho fundamental por la mera finalidad de reducir el volumen de resoluciones a dictar en segunda instancia y, por ello, de obtener en menos tiempo títulos ejecutivos judiciales susceptibles de iniciar los procesos de ejecución. No se supera de ningún modo un juicio de ponderación entre la finalidad perseguida con la reforma y la restricción generada en un derecho fundamental.

Antes de derogarse la LEC de 1881 ya se ensayó una reforma similar que fue un fracaso. En este punto debe advertirse que el problema de pendencia y demora no está en la segunda instancia sino en la primera instancia. Esta reforma incrementa la presión sobre los juzgados de instancia sin que tenga gran sentido cuando estos recursos no suponen cualitativa o cuantitativamente un incremento grande de trabajo de las audiencias ya que las tasas judiciales y las costas hacen que en pocas ocasiones se recurra. En este punto deberían exigirse datos estadísticos fiables.

Hay que tener presente que en el momento presente un gran número de reclamaciones de cantidad no superan el límite de los 6.000 euros. Por otro lado, la exclusión de la segunda instancia de las resoluciones que carezcan de efectos de cosa juzgada pone de manifiesto una clara confusión jurídico-procesal: la ausencia de dicho efecto implica que una sentencia desestimatoria no impide una nueva demanda con la misma pretensión, por lo que no genera ninguna distorsión excluir la segunda instancia en estos casos. El problema radica en excluirla en las sentencias que, sin generar efectos de cosa juzgada, sean estimatorias, como por ejemplo las dictadas en los procesos de desahucio (art. 447.2). Así, en estos casos, el demandado ve resuelto el contrato de arrendamiento y es condeno al desalojo, con advertencia de lanzamiento, sin que pueda apelar dicha resolución. Se trata de una reforma ciertamente extraordinaria e inadmisible que, unida a la introducción de la técnica monitoria en estos procesos, vulnera claramente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

De estas objeciones creo que merecen ser destacadas las relativas a la innecesaridad de la reforma, en cuanto que el problema endémico de pendencia en la jurisdicción civil radicaba fundamentalmente en la primera instancia y no en la apelación, juntamente con el dato, fácilmente comprobable, de que el posible atasco de resolución de recursos es resoluble mediante un incremento de planta judicial en tribunales colegiados, sin mayor coste.

Por lo demás, aunque la reforma se sustenta en el viejo brocardo *de minimis non curat praetor,* su aplicación en los términos en que lo hace el legislador es contraria a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, en cuanto impide la revisión de las decisiones de primera instancia por un tribunal superior. La estadística judicial existente al respecto muestra que el índice de estimación de los recursos de apelación es elevado (en 2012, aproximadamente un tercio de los recursos de apelación interpuestos en la

9 Banacloche Palao, Julio: "*Análisis crítico de las reformas introducidas en materia de recursos civiles por la reciente Ley de agilización procesal*". En La Ley, 17 de enero de 2012.

10 Saavedra Gallo, Pablo: "*La reforma de los recursos en la Ley de medidas de agilización procesal*". Explica las razones de su disenso, entre otras en que "sin justificación alguna se niega a un sector de ciudadanos la tutela judicial plena que ofrecen las dos instancias".

jurisdicción civil fueron total o parcialmente estimados)[11], lo que significa que la eliminación del derecho al recurso contribuye a la justificación de la injusticia.

Las limitaciones al acceso a la apelación respecto de las sentencias de primera instancia no existen, con igual virulencia, en los ordenamientos jurídicos de países de nuestro entorno cultural.

Derecho francés:

Conforme a la Ley procesal civil**,** Code de procedure civile, art. 543*, "La voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé"***.**

Así el derecho a recurrir en apelación pertenece a todas las partes interesadas en él. Pero en caso de ejercicio abusivo**,** *il est possible d'être condamné à une amende d'un maximum de 3 000 € et à verser des dommages-intérêts.*

Sentencias que no pueden ser recurridas en apelación:

Ne peuvent pas être contestés par la voie de l'appel : les jugements qualifiés de "rendus en premier et dernier ressort", les litiges dont le montant ou l'enjeu sont trop faibles (notamment lorsque la demande d'argent est inférieure à 4 000 €). Ces jugements ne peuvent être contestés que par la voie de la cassation.

En el derecho francés la limitación es en casos de cuantía o interés es considerado demasiado débil, inferior a los 4.000 euros, pero pueden ser recurridas en casación, reuniendo las exigencias de este recurso.

Derecho italiano:

El art. 339 de la ley de procedimiento regula la apelación civil:

(Appellabilità delle sentenze)

Possono essere impugnate con appello le sentenze pronunciate in primo grado, purché l'appello non sia escluso dalla legge o dall'accordo delle parti a norma dell'articolo 360, secondo comma.

E' inappellabile la sentenza che il giudice ha pronunciato secondo equità a norma dell'articolo 114.

Le sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità a norma dell'articolo 113, secondo comma, sono appellabili esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia.

Así la regla general es la de la recurribilidad de las sentencias de primera instancia. Los arts. 348 bis y ter establecen, no obstante, la inadmisibilidad del recurso de apelación, previa audiencia de las partes.

---

11 *La justicia dato a dato*, publicada por el Consejo General del Poder Judicial, en www.poderjudicial.es indica para el año 2012 los siguientes datos:

Órganos de la Jurisdicción Civil	Recursos devueltos en el año				
	Recursos elevados / sentencias dictadas	Confirmando	Revocando totalmente	Revocando parcialmente	Anulando
Jdos. 1ª Instancia y 1ª Instancia e Instrucción	16,0	64,6	15,4	19,3	0,7
Jdos. de lo Mercantil	11,4	67,9	16,3	15,1	0,8
Audiencias Provinciales	4,9	90,8	6,0	2,7	0,5

Derecho alemán

En principio toda sentencia dictada en procedimiento cuya cuantía sea superior a 600 euros es susceptible de *Berufung* (parágrafos 511 a 541 ZPO) o recurso de apelación. Si el valor de lo discutido es menor, el tribunal puede permitir la *Berufung* si la cuestión legal debatida es importante (parágrafo 511 II, 1, IV ZPO). No existe tasa para recurrir.

El recurso de apelación estaba configurado, conforme a la normativa anterior reguladora del proceso alemán, como una segunda oportunidad, *novum iudicium*, aunque desde la reforma de la ZPO llevada a cabo en 2002 se aproxima en su naturaleza a la modalidad de *revisio prioris instantiae,* tal como existe en nuestro sistema.

Derecho británico

En el derecho británico el uso del recurso está condicionado a la autorización del tribunal de primera instancia: *leave to appeal*.

The Civil Division of the Court of Appeal – headed by the Master of the Rolls – hears appeals from all Divisions of the High Court and, in some instances from the County Courts and certain tribunals.

Bringing an appeal is subject to obtaining 'permission', which may be granted by the court below or, more usually, by the Court of Appeal itself. Applications for permission to appeal are commonly determined by a single Lord Justice, full appeals by two or three judges. The Civil Division of the Court Appeal also deals with family cases.

La regulación nos parece, de entrada, difícilmente compaginable con nuestro sistema de valores, pues implica que para poder recurrir en apelación el litigante debe obtener la autorización del tribunal de primera instancia y, en ocasiones de denegación, pretenderla de la corte de apelación. Sin embargo el sistema funciona, pues el juez inferior no defiende a ultranza su decisión, sino que permite que sea cuestionada y, en su caso, confirmada o revocada por el superior, cuando existan razonables dudas de hecho o de derecho. Ciertamente el sistema necesita partir de la confianza de las partes y sus letrados en los jueces, y de éstos respecto de los que están situados en una instancia superior.

Por este medio se mantiene el derecho al recurso, aunque se evitan las apelaciones infundadas.

3. RECURSOS EXTRAORDINARIOS:

3.1. El recurso de casación

El recurso de casación se ha concebido siempre como un recurso de naturaleza extraordinaria, que no es una (tercera) instancia. Pero se ha intentado mantener la tensión existente entre dos polos: la defensa del *ius constitutionis* y la del *ius litigatoris.*

El planteamiento inicial de los recursos de casación fue de la defensa de la ley, de la puridad del sistema jurídico. Manresa, autor del texto articulado de la ley de 1881, lo configuraba como "*un remedio de interés general y de orden público. Su objeto es ... contener a todos los Tribunales y Jueces en la estricta observancia de la ley e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia; así es que ha sido introducida, más bien por interés de la sociedad que en beneficio de los litigantes*"[12]. Si la defensa de la ley —función nomofiláctica— fue inicialmente la razón de ser del recurso de casación —también la exigencia de responsabilidad a los jueces—, ésta fue ampliándose progresivamente.

---

12 Manresa y Navarro: "*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*" (de 1881). El texto citado aparece en la quinta edición, del propio autor. La consulta a que me refiero consta en la 6ª, de 1947, tomo VII, página 551.

3.1.1. *Sentido y finalidad*

3.1.1.2. *Defensa del* ius constitutionis *y creación de jurisprudencia*

Sólo son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por Audiencias Provinciales. De esta forma quedan excluidos los autos, que antes eran susceptibles de recurso, cuando habían sido dictados en ejecución —art. 1687.2º de la LEC de 1881—, y las sentencias de los Juzgados de Primera Instancia, desapareciendo la casación *per saltum*.

Serán recurribles las sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los reconocidos por el art 24 de la Constitución, (cuya vulneración podrá ser alegada en el recurso de infracción procesal), y también aquellas dictadas en asuntos cuya cuantía exceda de 600.000 euros. Respecto de las restantes, serán recurribles si la resolución presentase interés casacional, interés que es determinado por Ley en el número 3 del art. 477: *cuando se oponga a doctrina jurisprudencial, o resuelva cuestiones en las que existan decisiones contradictorias de Audiencias Provinciales, o apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no existiese doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.*

Es de significar:

Que el interés casacional lo fija el legislador, no el Tribunal de Casación, como sucede en otros ordenamientos.

Que se habla —impropiamente— de jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

Que los criterios divergentes de diversas Audiencias pueden provenir de tribunales radicados en diferentes Comunidades Autónomas, aunque se trate de recursos cuya competencia recae en los Tribunales Superiores de Justicia.

Reiteradísima jurisprudencia ha mantenido este carácter extraordinario del recurso de casación, con las consecuencias en orden a la admisibilidad que más tarde examinaremos: STS (Sala Primera, Pleno), de 14-1-2014, nº 537/2013: *no le es dable a las partes que a través de esta modalidad de recurso extraordinario, que en ningún caso supone una tercera instancia, en la que prevalece la finalidad de control de la aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial, se pretenda, como petición de principio, reproducir o revisar la base fáctica de la sentencia desde la particular o personal visión del litigio planteado.*

3.1.1.3. *Defensa del* ius litigatoris

En la regulación del recurso de casación en la LEC de 1881 se hicieron concesiones al derecho del litigante, frente a la función nomofiláctica de la casación, por vía del motivo de error en la apreciación de la prueba. Así se recogía en el art. 1692-7º. No me detendré en ello, salvo para expresar que la consideración de cuál era el "documento auténtico" a efectos casacionales, para mostrar la equivocación evidente del juzgador, dio lugar a importantes —y, vistos desde hoy, estériles— debates doctrinales y jurisprudenciales. A lo largo del siglo XX la elevadísima congestión de la Sala Primera del TS y el notorio retraso en la resolución de los recursos a su cargo determinó, primeramente, la supresión del motivo de error de hecho, y más tarde la nueva regulación, más depurada, del recurso de casación en la LEC de 2000.

3.1.1.4. *Defensa de la ley a través de la defensa del interé*s

El sistema instaurado en España da prioridad al *ius constitutionis* frente al *ius litigatoris*, pues a lo largo de la evolución ha ido recortando el derecho a acceder al recurso de casación. La cuantía exigida ha sido considerablemente aumentada, sin referencia

a datos de inflación, IPC o coste de la vida. Sencillamente se ha aumentado de modo muy considerable para evitar gran número de recursos de casación que pudieran ser interpuestos por esta vía.

Pero la defensa de la ley, función nomofiláctica de la jurisprudencia, se realiza a través del interés del litigante. No son permitidas otras vías, como el recurso en interés de ley o el de unificación de doctrina.

El art. 490 introducía un recurso en interés de ley, para unificación de criterios, respecto de las sentencias recaídas en resolución de recursos extraordinarios por infracción procesal, ante la posibilidad de que diferentes TSJs resolvieran con criterios contradictorios. A su dicción "*1. Podrá interponerse recurso en interés de la Ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de Ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. 2. No procederá el recurso en interés de la Ley contra sentencias que hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional".*

Pero esta norma está en suspenso, conforme a ese régimen transitorio que se prolonga exasperadamente en el tiempo: la D. F. 16ª, apartado 2, dice: "*2. En tanto las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia carezcan de competencia para conocer, con carácter general, de los recursos extraordinarios por infracción procesal, no serán de aplicación los arts. 466, 468 y 472, así como los arts. 488 a 493 y el apartado cuarto del art. 476. Lo dispuesto en el último párrafo del apartado segundo del art. 476 no será de aplicación en los casos en que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el motivo 2º del apartado primero del art. 469 o en vulneraciones del art. 24 de la Constitución que únicamente afectaran a la sentencia recurrida.*

Las referencias a los Tribunales Superiores de Justicia, contenidas en el art. 472 se entenderán hechas a la Sala que sea competente para conocer del recurso de casación."

De esta forma es necesario cuidar el acceso del litigante al recurso de casación como modo de asegurar la evolución y actualización de la jurisprudencia.

3.1.2. *El acceso al recurso*

3.1.2.1. *Por cuantía*

El acceso por razón de la cuantía ha sido modificado de manera intensa, aumentando la cuantía necesaria para la admisibilidad del recurso por esta vía, de modo muy diferente y desproporcionado al aumento de la inflación, conforme al IPC. De los 150.000 euros de la versión original de la LEC se ha pasado a los actuales 600.000.

Con todo, considero que la vía de acceso al recurso por razón de la cuantía carece de justificación, y debería ser repensada. Entiendo que las partes no tienen derecho —en el sentido de derecho constitucional o derecho fundamental— a los recursos extraordinarios, y que todos los recursos de casación deberían tramitarse por interés casacional.

3.1.2.2. *Por interés casacional*

La LEC de 2000 introdujo el recurso de casación por interés casacional, como una forma de acceso a este recurso extraordinario de aquellos casos en los que la cuantía era insuficiente, y en los que la cuestión debatida y la decisión que pudiera adoptarse tenían ese interés.

En la primera fase de aplicación de la norma ha sido muy escaso el uso de esta vía. Primeramente, por el inveterado retraso de la Sala Primera del TS, con lo que durante

varios años a partir de la entrada en vigor de la Ley siguió resolviendo gran cantidad de recursos tramitados conforme a la ley anterior. Y, además, por el criterio sumamente restrictivo de la Sala en orden a la admisión de los recursos interpuestos por esta vía.

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, ha modificado de manera sustancial la regulación en la LEC de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

El eje de la reforma radica en la universalización del recurso de casación por razón de interés casacional, que es la modalidad que mejor permite al TS, en palabras del Preámbulo de la Ley 37/2011, *"cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos"*. Estos fines son los de unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil y corresponden a la Sala Primera del TS como órgano jurisdiccional superior en el orden civil. Según afirma el legislador, se reduce de este modo el recurso de casación por razón de la cuantía a una modalidad excepcional y se garantiza la igualdad entre todos los litigantes, cualquiera que sea el nivel económico del asunto.

Tras la entrada en vigor de la Ley de agilización, la Sala Primera ha dictado un Acuerdo no jurisdiccional de 30 de diciembre de 2011. En él se fijan criterios sobre la admisibilidad de los recursos extraordinarios, que posteriormente serán aplicados en resoluciones jurisdiccionales.

Considera el TS razones para la inadmisión:

—En el recurso de casación por razón de interés casacional: la falta de indicación en el encabezamiento o formulación del motivo de la jurisprudencia que se solicita de la Sala Primera del TS que se fije o se declare infringida o desconocida, salvo cuando se deduzca claramente de su formulación sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación (artículo 481.1 LEC).

—En el recurso de casación por razón de interés casacional: la falta de expresión por la parte recurrente en el encabezamiento o formulación del motivo de cuál es el elemento, entre los que pueden integrar el interés casacional, en el que se funda la admisibilidad del recurso, salvo cuando se deduzca claramente de su formulación sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación (artículo 481.1 LEC).

—En el recurso de casación por razón de interés casacional fundado en la oposición a la doctrina jurisprudencial del TS o en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP: la falta de aportación del texto de las sentencias en las que se pretenda apoyar la existencia de un interés casacional (artículo 481.2 LEC).

—En el recurso de casación por razón de interés casacional fundado en la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia: la falta de indicación del problema jurídico sobre el que no existe jurisprudencia, que ha sido resuelto o debió haberlo sido mediante la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia (artículo 481.3 LEC).

3.2. El recurso extraordinario por infracción procesal

3.2.1. *Sentido y finalidad*

La LEC de 2000 modificó el sistema de recurso extraordinario (casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma), estableciendo dos recursos de naturaleza extraordinaria, diferenciados en su concepción, regulación y tramitación, y residenciados en dos órganos decisorios diferentes: el recurso de casación, para el examen de la infracción de norma sustantiva en la aplicación del derecho, cuya competencia correspondía de modo general al Tribunal Supremo; y el recurso extraordinario por infracción procesal, como forma de depurar los defectos en la tramitación del proceso, residenciando éste en los Tribunales Superiores de Justicia.

El preámbulo de la ley explicaba la decisión adoptada, en los siguientes términos:

(apartado XIV): El sistema de recursos extraordinarios se completa confiando en todo caso las cuestiones procesales a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia. La separación entre el recurso de casación y el recurso extraordinario dedicado a las infracciones procesales ha de contribuir, sin duda, a la seriedad con que éstas se aleguen. Además, este recurso extraordinario por infracción procesal amplía e intensifica la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de índole procesal, cuyas pretendidas violaciones generan desde hace más de una década gran parte de los litigios.

Nada tiene de heterodoxo, ni orgánica ni procesalmente y menos aún, si cabe, constitucionalmente, cuando ya se han consumido dos instancias, circunscribir con rigor lógico el recurso extraordinario de casación y exigir a quien esté convencido de haberse visto perjudicado por graves infracciones procesales que no pretenda, simultáneamente, la revisión de infracciones de Derecho sustantivo.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 estableció así la diferencia entre un recurso por defectos procesales, denominada "extraordinario por infracción procesal" y regulado en el Capítulo IV del Título IV del Libro II, y el recurso de casación centrado en la infracción de normas sustantivas. El primero de ellos estaría regulado en los artículos 468 y siguientes, a cuyo tenor "*las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, como Salas de lo Civil, de los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia"*.

No obstante, al no haberse aprobado por Las Cortes Generales el proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a la competencia de las Salas para el conocimiento de estos recursos, se dictó la Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuye de forma general la competencia para el conocimiento de este recurso, hasta que sea aprobada dicha reforma orgánica, a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, lo que ha exigido algunas normas transitorias para su tramitación.

Sin embargo, ulteriormente se han producido diferentes reformas de la citada Ley Orgánica, sin que en ninguna de ellas haya sido modificado el artículo 73, que determina la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

De este modo la Disposición Final 16ª, sobre *régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios*, se mantiene como derecho aplicable, en un régimen d transitoriedad que se ha prolongado hasta hoy, sin visos de modificación. El legislador, tras los cambios sucesivos en el Gobierno de la Nación y en las mayorías parlamentarias, no ha considerado necesario ni conveniente establecer el modelo diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de separación de los dos recursos extraordinarios contra sentencias no firmes, con atribución competencial diferenciada para cada uno de ellos. De esta forma, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores Justicia son competentes para el conocimiento del recurso de casación, pero conforme a la regla primera de la indicada Disposición Final, *en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el Art. 469 de la presente Ley*, motivos que son los que permiten fundar el recurso extraordinario por infracción procesal.

La Disposición Final 16ª de la LEC establece un *régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios*, que comienza diciendo: *En tanto no se confiera a los Tribunales*

Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477.

Dispone a continuación normas para la tramitación, de entre las cuales resulta destacable la primera, que fija la competencia: *será competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley.* Parece deducirse de la expresión del legislador que, en estos casos, puede interponerse un recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, que incluya como motivo de recurso la existencia de infracciones procesales de las contenidas en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de las infracciones sustantivas recogidas en el artículo 477.1 de la misma.

La cuestión fundamental radica en la insatisfactoria regulación que impide:

a) la plenitud de jurisdicción de las Salas de lo Civil de los TSJs, considerados en alguna medida como tribunales autonómicos;

b) la limitación de acceso a este recurso extraordinario, que solo puede interponerse respecto de las sentencias que sean recurribles en casación; y teniendo en cuenta que la recurribilidad en casación por razón de interés casacional es objeto de un criterio restrictivo de la Sala Primera[13];

c) la imposibilidad de instaurar así un recurso de amparo judicial, por medio del cual puedan denunciarse y subsanarse los errores procesales que constituyan infracción de las normas procesales en cuanto afecten a derechos de los litigantes en el proceso, singularmente el derecho a la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión.

El recurso extraordinario por infracción procesal, aunque puede interponerse conjuntamente con el anterior, y deba resolverse en los términos prevenidos en la DF16, no permite invocar cualquier defecto procesal que la parte recurrente entienda cometido, sino solo aquellos fijados estrictamente en el artículo 469 LEC[14].

De los motivos establecidos en el apartado 1 de dicho artículo, hacen referencia a la valoración de la prueba los contenidos en los ordinales segundo y cuarto.

El segundo, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, puede acoger un recurso fundado en normas que regulen la valoración de la prueba, cuando

---

13 D. F. 16ª LEC, 1: reglas: *2ª Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del apartado segundo del art. 477 de esta Ley.*

5ª Si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal.

Cuando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3º del apartado segundo del art. 477, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordare la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal. Sólo en el caso de que el recurso de casación resultare admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

14 LEC 469: *1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos: 1º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional. 2º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. 3º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión. 4º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución.*

dicha valoración venga tasada por el legislador, lo que sucede excepcionalmente en nuestro ordenamiento jurídico —arts. 319, 322 y 323 LEC sobre documentos públicos, 326.1 LEC sobre los privados reconocidos—. También puede acoger el recurso fundado en inaplicación de las normas reguladoras de la carga de la prueba, art. 217.1 LEC, pero en los estrechos términos en que dicho precepto se expresa:

"Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones".

Es decir, para determinar las consecuencias de los supuestos en los que un hecho no ha quedado acreditado, según la apreciación del Tribunal de apelación. Como expresa la STS de 18-5-2012, nº 333/2012, las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria. Su alegación en el recurso extraordinario no ampara una revisión de la prueba, según ha declarado esta Sala pues no son normas de valoración de prueba (STS 14 de junio 2010, por todas).

Respecto a las demás clases de prueba, las reglas de valoración establecen un criterio de valoración conforme a la sana crítica, siempre que sea razonable y motivada: así en el interrogatorio de las partes (artículo 316.2); documentos privados (artículo 326.2); copias reprográficas (art.334), valoración del dictamen pericial (artículo 348) y declaraciones de testigos (artículo 376).

El motivo cuarto del 469.1.4 permite invocar la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE. Esta vía permite invocar el defecto en la valoración de la prueba, pero sólo en el supuesto que éste se haya producido mediante una apreciación arbitraria, irracional o manifiestamente injusta.

3.2.2. *Especial referencia a la arbitrariedad y el error notorio*

Como excepción a la regla general de la irrevisabilidad en casación de la valoración de la prueba y, por tanto, de la fijación de los hechos probados, se permite revisar esta valoración cuando la parte recurrente invoque, con entidad lógica suficiente, que el tribunal de segunda instancia ha incurrido al valorar las pruebas en arbitrariedad o su argumentación al respecto resulta manifiestamente ilógica.

La vía de acceso es el recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4º LEC. Para los casos en que se interponga recurso de casación ante una Sala de lo Civil de TSJ con competencia casacional, creo que la vía adecuada es la de interposición de recurso de casación en el que se esgrimirá, como motivo de recurso consistente en infracción procesal, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, conforme a la DF 16.1 LEC.

Sobre la vía para recurrir por infracción procesal, es clara y reiterada la doctrina emanada del Tribunal Supremo, al resolver recursos de su competencia. Por todas, la Sentencia de 25-4-2012, nº 263/2012, recuerda que "*Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del art. 469.1.2.º LEC, ya que este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de "las normas procesales reguladoras de la sentencia" que comprenden el procedimiento para dictarla, forma, contenido y requisitos internos de la sentencia, pero no*

las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, ya que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso a la casación al amparo del art. 469.1.4.º LEC cuando se funde en un error patente siempre que pueda demostrarse que, siendo manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración efectuada, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, ya que la valoración de la prueba es función de la instancia y estas se agotan en la apelación (en este sentido, sentencias 261/2011, de 20 de abril, y 577/2011, de 20 de julio)".

Existe arbitrariedad en materia probatoria: cuando el tribunal ignora, en su valoración el resultado de una prueba practicada en el proceso; o cuando afirma realizar una valoración conjunta de la prueba, sin explicar la razón por la que llega a una conclusión sobre los hechos. La valoración conjunta de la prueba y la valoración de toda la prueba no libera al juez de hacer una elección: de todas las fuentes de prueba, debe elegir aquellas que le conducen a dar por acreditados unos hechos determinados, de entre los dubitados, y deberá seguidamente explicar por qué de esa elección. Aunque la falta de explicación sobre los hechos debe incluirse en el defecto de ausencia de motivación, denunciable como infracción del art. 218.2 LEC.

La doctrina ha tratado de aproximarse a un concepto de método científico para la evaluación de una prueba pericial[15]. Pero el criterio del TS ha sido, hasta hace poco tiempo, escasamente preciso al aproximarse al concepto de sana crítica, como regla para la valoración de la prueba.

Sin embargo, alguna jurisprudencia reciente está siendo más exigente sobre la razonabilidad de la valoración de la prueba. La STS de 28 de junio de 2001, nº 669/2001, casa la recurrida por entender que la valoración de la pericia no supera el test de racionalidad, lo que sucede "*cuando el órgano "a quo" tergiverse las conclusiones periciales de forma ostensible o falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga conclusiones absurdas o ilógicas*". Y la de 27 de mayo de 2005, nº 402/2005, estima el motivo y casa la sentencia, por cuanto la sentencia de instancia no tuvo en cuenta el error notorio del perito: *"En el informe pericial no se aclara la razón de valorar, por un lado, los mecanismos y al mismo tiempo incluir en algunas de las partidas los mecanismos junto con la tubería instalada; se observa, a través de simples operaciones aritméticas que el número de mecanismos a que se refiere la valoración del apartado 2.4 del informe, supera al de los mecanismos instalados en las partidas objeto de la pericia, según los documentos tenidos en cuenta para elaborar el informe. Al no apreciar esa doble valoración la Sala de instancia lleva a cabo una valoración ilógica del informe pericial, por lo que, en este sentido, se estima el motivo*".

La STS de 5 de marzo de 2012, nº 80/2012, estima el recurso extraordinario por infracción procesal al estimar irracionalidad en la argumentación de la sentencia impugnada, relacionando el resultado a que llega la Audiencia con las normas sobre carga de la prueba: *"si la prueba practicada merced a la actividad de una y otra parte, a la que tan solo se sumó la testifical de varios vecinos del edificio que afirmaban oír el piano con más o menos intensidad, se pone en relación con las reglas contenidas en el art. 217 LEC, necesariamente hay que declarar su infracción por la sentencia recurrida, ya que no se*

---

15 Puede verse, entre otros estudios: Alexy, Robert: "La argumentación jurídica como discurso racional". En el libro *La crisis del derecho y sus alternativas*. *Cuadernos de Derecho Judicial*, *Monografías*, 3, 1995. Andrés Ibáñez, Perfecto: "Sobre el valor de la inmediación", en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, número 46, marzo de 2003. Andrés Ibáñez, Perfecto: "Ética de la función de juzgar", en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, número 40, marzo de 2001. Andrés Ibáñez, Perfecto: "La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia". *Estudios de derecho judicial*, 32, 2000. Atienza Rodríguez, Manuel: "Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial (En "la teoría jurídica desde la perspectiva de la aplicación judicial del derecho"). *Cuadernos de derecho judicial. Monografías,* 3, 1995.

alcanza a comprender qué otra prueba cabía exigir a la parte demandante para acreditar los hechos constitutivos de su pretensión y, sin embargo, a la parte demandada sí le era exigible, cuando menos, un informe contradictorio de las mediciones contenidas en el informe acompañado con la demanda, no una crítica de este mismo informe que, sobre muy pobremente fundada, estaba en flagrante contradicción con las actuaciones documentales de la Policía Local y con el propio acuerdo de la comunidad de propietarios".

Esta jurisprudencia reciente muestra el camino a seguir, que evidentemente habrá de adaptar a cada caso la exigencia genérica de que la sentencia adopte una decisión clara, precisa y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes; que la decisión final resulte ajustada a las reglas de la lógica; que esté motivada, razonablemente, sobre las cuestiones fácticas y jurídicas planteadas; y que valore las pruebas conforme a la sana crítica.

Desde una perspectiva procesal, la parte que invoca la irracionalidad o arbitrariedad de la sentencia en alguno de los aspectos citados ha de explicar, en el escrito de interposición del recurso, las razones de esa irracionalidad. No hacerlo así conduce a la inadmisión del motivo, por la vía del art. 473.2.2º LEC.

Este criterio permite abrir una vía para amparar, en sede jurisdiccional, los derechos fundamentales que actúan en el proceso, entre los que cobra relevancia el derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Pero la limitación hoy existente impide que este recurso extraordinario pueda sustentarse frente a sentencias no recurribles en casación.

4. LAS TASAS JUDICIALES Y LA LIMITACIÓN DEL ACCESO A LOS RECURSOS

La Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que *se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses,* introdujo un notable cambio de criterio sobre los costes de la administración de justicia. Las tasas judiciales, antiguamente existentes y suprimidas por la legislación de los años ochenta[16], habían sido reintroducidas en nuestro derecho procesal por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que recuperó en el ámbito de la Administración de Justicia la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, modificando el art. 13 apartado m) de la Ley de tasas y precios públicos. Pero lo hizo con un alcance limitado, tanto en su cuantía como en los sujetos pasivos obligados a su pago.

La nueva Ley generaliza la tasa en el orden jurisdiccional civil y aumenta muy considerablemente su cuantía fija o general.

Art. 7:

1. Sin perjuicio de su modificación en la forma prevista en el art. 8, será exigible la cantidad fija que, en función de cada clase de proceso, se determina en la siguiente tabla:

En el orden jurisdiccional civil:

Verbal y cambiario	Ordinario	Monitorio, monitorio europeo y demanda incidental en el proceso concursal	Ejecución extrajudicial y oposición a la ejecución de títulos judiciales	Concurso necesario	Apelación	Casación y extraordinario por infracción procesal
150 €	300 €	100 €	200 €	200 €	800 €	1.200 €

16 Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las Tasas Judiciales.

Además se establece una cuota variable, en función de la cuantía y de la consideración del sujeto pasivo como persona física o jurídica, en los términos establecidos en los apartados 2 y 3.

Casi acto seguido se promulgó el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se *modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita*. Esta norma trató de mejorar la regulación anterior, pero el resultado continúa siendo insatisfactorio. Modificó el art. 4.1 de la Ley, en cuanto a actividades exentas de la tasa, con escasa relevancia en la materia aquí estudiada.

Quiero referirme especialmente a las tasas por interposición de recursos. La tasa de 800 euros como tarifa fija, por la interposición de recurso de apelación, ha determinado una disminución de la interposición de esta clase de recursos, y la consiguiente disminución de la congestión en la actividad de las salas de lo civil de las Audiencia Provinciales.

Y la tasa de 1200 euros para la interposición de recurso de casación es absolutamente desproporcionada, y priva a este recurso de gran parte de su funcionalidad.

En primer lugar, parece que el legislador ha tenido en cuenta únicamente el recurso admisible por razón de la cuantía, y ha fijado un término de proporcionalidad entre ésta y la tasa exigible.

Pero la cuantía es sólo una de las vías admisibles. La del interés casacional es, según veíamos *supra*, más avanzada y la que permite a la sala de casación establecer jurisprudencia acerca de muchas cuestiones jurídicas, que anteriormente no podían acceder a la casación. Ahora bien, en estas cuestiones el interés debatido tiene muchas veces escasa relevancia económica, y las partes no van a estar dispuestas a afrontar el pago de una tasa tan elevada.

Y la cuantía de 600.000 euros que fija el art. 477.1. 2º LEC no es la única que está hoy vigente. Existen leyes autonómicas reguladoras del acceso al recurso de casación en materia de derecho civil propio, o derecho foral:

—La Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia, art. 2 ordena: "*2. Las sentencias objeto de casación no estarán sometidas a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa".*

—La Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, en su art. 2. 1 previene que son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias: "*1. Cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo".*

—La Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña, no previene cuantía alguna como vía de acceso a la casación. En su preámbulo afirma que *con las finalidades de no excluir ningún tipo de asunto de la posibilidad de acceder a la casación, remarcar el carácter fundamental que para el derecho civil catalán tiene la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y procurar un incremento moderado del número de recursos, se establece que el interés casacional rige el acceso a la casación de todos los asuntos*.

Pues bien, esos criterios más amplios de acceso a la casación establecidos en las leyes autonómicas se están viendo seriamente afectados en cuanto a sus fines por la tasa, que es norma estatal aplicable a todos los procesos. El interés casacional va a quedar relegado al interés —o a la posibilidad— de índole pecuniario.

De hecho, en el TSJ de Aragón el número de recursos de casación está disminuyendo, y la naturaleza de los temas jurídicos objeto de debate se limita cada vez más a los contenidos en el art. 4. 1 a) de la Ley, es decir, los exentos de tasa.

De este modo la creación y actualización de jurisprudencia se ve afectada por una ley promulgada con un marcado fin recaudatorio.

5. RESUMEN (A MODO DE CONCLUSIÓN)

La LEC de 2000 reguló un sistema de recursos frente a las decisiones de fondo que podía permitir el pleno desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía de seguridad jurídica. Así:

- Establecía de modo general la doble instancia en los procesos civiles.
- Instauraba un nuevo recurso extraordinario, el de infracción procesal, que podía ser la forma de ejercicio del amparo judicial.
- Inauguraba, en la regulación del recurso de casación, una vía de acceso que podía asegurar la creación de jurisprudencia en todas las materias sustantivas.

Pero la evolución posterior —ya desde la entrada en vigor de la ley— ha ido frustrando las expectativas generadas, hasta el punto de que hoy existen importantes limitaciones al acceso a los recursos, que impiden la plenitud de ejercicio de ese derecho y dificultan el ejercicio de la jurisdicción. Se afecta así el derecho al proceso con todas las garantías, reconocido en el art. 24 de la CE.

El recurso de apelación no tiene importancia únicamente para la parte que haya visto desestimada alguna de sus pretensiones, introducidas en el proceso, sino que tiene un efecto benéfico para el órgano de enjuiciamiento de primera instancia, pues ofrece seguridad de que un eventual yerro podrá ser siempre enmendado; fija la llamada "jurisprudencia menor"; y asegura a los profesionales del derecho el conocimiento de este criterio.

La insatisfactoria regulación del recurso extraordinario por infracción procesal impide:

a) la plenitud de jurisdicción de las Salas de lo Civil de los TSJs, considerados en alguna medida como tribunales autonómicos;
b) el acceso a este recurso extraordinario, que solo puede interponerse respecto de las sentencias que sean recurribles en casación; y teniendo en cuenta que la recurribilidad en casación por razón de interés casacional es objeto de un criterio restrictivo de la Sala Primera;
c) la imposibilidad de instaurar así un sistema de amparo judicial, por medio del cual puedan denunciarse y subsanarse los errores procesales que constituyan infracción de las normas procesales en cuanto afecten a derechos de los litigantes en el proceso, singularmente el derecho a la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión.

En cuanto al recurso de casación, la creación y actualización de jurisprudencia se ve afectada por una ley promulgada con un marcado fin recaudatorio, y el interés casacional va a perder la virtualidad que quiso otorgarle el legislador de la LEC 2000.

6. BIBLIOGRAFÍA Y PÁGINAS DE INFORMACIÓN

Banacloche Palao, Julio: "*Análisis crítico de las reformas introducidas en materia de recursos civiles por la reciente Ley de agilización procesal*". En La Ley, 17 de enero de 2012.

Bonet Navarro, Ángel: *Los recursos en el proceso civil.* La Ley editorial, 2000.

Cordón Moreno, Faustino (et al.): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Volumen I. Editorial Aranzadi, 2001.

Montero Aroca, Juan: *El nuevo proceso civil*, Editorial Tirant lo blanc, 2000.
Morón Palomino, Manuel: *Derecho procesal civil (cuestiones fundamentales).* Marcial Pons. 1993.
Saavedra Gallo, Pablo: "*La reforma de los recursos en la Ley de medidas de agilización procesal*". En "*Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)".* A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (dir.), Xulio Ferreiro Baamonde (dir). A Coruña Universidade, 2012.
Salinero Ramón, Francisco: De los recursos. En *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigidos por Fernando Toribio Fuentes. Editorial Lex Nova, 2012. Páginas 755 y siguientes.
Vegas Torres, Jaime: El proyecto de ley de medidas de agilización procesal. En *Otrosí*, núm. 7, julio-septiembre de 2011, páginas 29 y siguientes.
http://www.judiciary.gov.uk (página oficial de los tribunales de Inglaterra y Gales)
http://hub.coe.int (Consejo de Europa)
http://www.justice.gouv.fr (Ministerio de Justicia de Francia)
http://www.italgiure.giustizia.it (Ministerio de Justicia de Italia)
www.deutschland.de (enlace digital con Alemania, apartado justicia y derecho)
http://curia.europa.eu (tribunal de justicia de la Unión Europea)
http://www.echr.coe.int (tribunal europeo de derechos humanos)
http://www.poderjudicial.es (consejo general del poder judicial de España)

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN SOCIAL

Jaume GONZÁLEZ CALVET

INTRODUCCIÓN

La previsión de medidas cautelares junto al proceso de ejecución es un aspecto realmente novedoso de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social. La justicia cautelar en el marco del proceso declarativo en la antigua Ley de Procedimiento Laboral se hallaba regulada de forma harto insuficiente en su Art. 79, precepto que únicamente aludía al embargo preventivo. Salvando las previsiones del Art. 178 LPL, que preveía la posibilidad de suspensión de las medidas empresariales impugnadas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, el anterior texto procesal laboral no establecía más régimen cautelar general que el mencionado, de manera que la adopción de otras medidas cautelares por parte de los órganos jurisdiccionales de lo social debía buscar amparo *extra muros* de la LPL, es decir, en el Art. 727 LEC, lo cual constituía una opción comúnmente aceptada por la doctrina[1]. Pero si deficiente era la regulación del proceso cautelar en la fase cognitiva, mucho más lo era en el proceso ejecutivo, hasta el punto de que en el Libro IV de la LPL se omitía completamente la cuestión, dando la impresión como si tras el dictado de una sentencia ya no pudieran adoptarse medidas cautelares, fiándose la efectividad de la misma exclusivamente al despacho de la ejecución. No obstante, la práctica judicial colmó este vacío normativo y, ante situaciones ciertamente extremas que requerían de tutela judicial complementaria a la ejecución, adoptó medidas cautelares con fundamento en el texto procesal civil[2]. Finalmente, con absoluto acierto, la LRJS ha resuelto esta clamorosa carencia regulatoria y ha normado cumplidamente el proceso cautelar no tan solo en el ámbito del proceso declarativo —Arts. 79, 152 y 180 LRJS— sino también en torno al proceso de ejecución. De esta forma, el Art. 304.2 LRJS dispone, de forma genérica, que el órgano jurisdiccional pueda adoptar en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia y en garantía y defensa de los derechos afectados. Igualmente, en el punto 2 del Art. 297 LRJS, apartado que regula la ejecución provisional de sentencias que declaren la nulidad del despido, se prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares complementarias de las actuaciones ejecutivas. Asimismo, el novedoso apartado 3 del Art. 303 LRJS incorpora la previsión específica de que, tras la sentencia que estime la demanda de extinción del contrato de trabajo con indemnización —*ex* Art. 50 ET—, puedan adoptarse también medidas cautelares al margen o con independencia de la ejecución provisional de la sentencia.

En síntesis, en el texto que sigue se examina el nuevo régimen jurídico cautelar en el proceso social y en concurrencia con el proceso de ejecución, postulándose no tan

1 Vid. Montero Aroca, J.: *Introducción al proceso laboral.* Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000. Pág. 444.

2 Los artículos 730 y 731 LECiv. prevén la posibilidad de adoptar medidas cautelares tras la interposición de recurso frente a una sentencia condenatoria y previo al despacho de ejecución provisional. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 731.2 LECiv. Establece que: *Cuando se despache la ejecución provisional de una sentencia, se deben levantar las medidas cautelares que se hayan acordado y que tengan relación con la ejecución.*

solo la plena compatibilidad entre las medidas adoptadas en el incidente cautelar y la incoación del proceso de ejecución provisional o definitiva sino también su complementariedad.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La obtención de la tutela judicial efectiva no siempre es posible con la simple reclamación del derecho en el marco del proceso declarativo y/o ejecutivo. El inevitable transcurso del tiempo necesario para la obtención de una declaración judicial favorable a las pretensiones del demandante puede comportar la concesión a la parte deudora de un plazo suficiente para que ésta pueda eludir sus responsabilidades. De esta forma, el pronunciamiento jurisdiccional producido con tardanza ya no tiene un efecto real. Es por ello que la legislación ha configurado un tipo de actuación procesal distinto a los procesos declarativo y ejecutivo, que tiene como objetivo garantizar la efectividad del pronunciamiento judicial que finalmente pueda producirse favorable al actor. Por tanto, las medidas cautelares pueden definirse como un remedio arbitrado por el derecho para conjurar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo[3].

La inexistencia de medidas cautelares comportaría sin duda la proliferación de procesos con resoluciones judiciales firmes completamente inoperantes e ineficaces por haberse dictado retardadamente, hecho que facilitaría al deudor eludir sus responsabilidades mediante, por ejemplo, el ocultamiento de su patrimonio. Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha proclamado reiteradamente —SSTC 66/1984, 115/1987, 237/1991, 238/1992, 148/1993, 218/1994, 39/1995 y 78/1996— que la justicia cautelar está inserto en el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva[4]. La tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (SSTC 14/1992 y 238/1992). Y aunque la regulación y alcance de tales medidas corresponden al legislador ordinario, es inconstitucional la norma legal que impida radicalmente la suspensión cautelar de ciertos actos administrativos (SSTC 115/1987 y 238/1992). Y más allá de esta interdicción de excluir absolutamente la adopción de medidas cautelares, la justicia cautelar misma constituye, como las demás vertientes de la tutela judicial efectiva, un derecho de configuración legal, por lo que el legislador cuenta con una amplia libertad para regular sus presupuestos y procedimiento, sin que exista un derecho incondicionado a la adopción de medidas cautelares al margen de toda regulación legal (STC 238/1992).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la justicia cautelar, la doctrina científica ha oscilado entre dos posiciones dogmáticas. Por una parte, un sector ha defendido un concepto restrictivo de la medida cautelar, catalogándola de incidente dentro del proceso principal con carácter meramente instrumental y sin autonomía propia, de tal suerte que las cautelas adoptadas únicamente son concebibles para producir los efectos de aseguramiento o conservación respecto de un eventual pronunciamiento de condena, de forma que no puedan llegar a anticipar el contenido propio de la sentencia, función

---

3 Díez.Picazo Giménez, I.: *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales.* 2ª edición. AA.VV. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 2002. Pág. 383.

4 Molina Navarrete, C.: *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social.* Ed. La Ley, Madrid, 2012. Pág. 515.

En el mismo sentido Ortells Ramos, M.: "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000", en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia.* AA.VV. Estudios de Derecho Judicial 44. Ediciones del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004. Pág. 600.

exclusivamente reservada a la ejecución. En esta línea, se ha sostenido que resulta perturbadora e innecesaria un tercer género de tutela jurisdiccional, autónoma del proceso declarativo y ejecutivo, no sirviendo para nada una construcción artificial de estas características[5].

En cambio, otro sector doctrinal —hoy en día seguramente mayoritario— sostiene un concepto más amplio de esta institución y califica el proceso cautelar como un *tertium genus* y no simplemente como un incidente dentro del proceso declarativo o ejecutivo, un verdadero proceso con sustantividad y con sus propias reglas[6]. Esta concepción más amplia de la institución permite atribuir a las medidas cautelares no tan solo una función aseguradora del efecto de una sentencia estimatoria y de condena sino también la finalidad de garantía de futuros pronunciamientos meramente declarativos y constitutivos; además, este concepto extensivo de justicia cautelar justifica la adopción de medidas de anticipación o satisfacción provisional de la pretensión[7].

Sin embargo, al margen de la controversia doctrinal apuntada, habrá que convenir que el proceso cautelar no es independiente ni ajeno a las vicisitudes del proceso principal. La medida cautelar posee un carácter instrumental y sus objetivos están relacionados con las pretensiones sustanciadas en el proceso declarativo o ejecutivo al que se halla vinculado. La dependencia del proceso cautelar respecto del proceso principal es considerable hasta el punto de que no se concibe el primero sin el segundo, esto es, sin la existencia de un litigio principal iniciado o a punto de iniciarse. Además, el proceso cautelar correrá la misma suerte que el principal, de forma que si este último concluye también decae la medida cautelar adoptada.

Por otra parte, tal y como se ha expuesto, una de las características primordiales de la justicia cautelar es la de garantizar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en sentencia —Art. 79.1 LRJS—. Sin embargo, no se trata tan solo de asegurar la ejecución sino también de favorecer que el proceso principal funcione correctamente y cumpla cabalmente su función última, que no es otra que la de servir eficazmente el derecho material al que sirve[8]. Por tanto, las medidas adoptadas provisionalmente para garantizar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria no tienen por qué ser necesariamente homogéneas a la tutela interesada en el proceso principal, pudiendo tener un carácter modificativo de la realidad existente a fin de hacer factible la efectividad de la sentencia que posteriormente se dicte. Un supuesto ejemplificativo en la jurisdicción social podría ser el regulado en el Art. 180.4 LRJS, precepto donde se prevé que ante una situación de acoso pueda acordarse exonerar de la prestación de servicios al trabajador/a afectado/a, medida provisional que es bien distinta a la pretensión del pleito principal pero cuya adopción puede resultar indispensable para garantizar la tutela del derecho fundamental en litigio.

La justicia cautelar no tan solo puede configurarse como un mecanismo procesal de aseguramiento o garantía de los efectos de una sentencia eventualmente estimatoria sino también como un instrumento de conservación que permita, mientras dure el proceso principal, que una de las partes no pueda obtener los resultados que se derivan normalmente del acto que se estima ilícito por la otra parte[9].

---

5 Fernández, M. A.: *Derecho procesal civil. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares.* Tomo III. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 1990. Pág. 302.

6 Montero Aroca, J.: *Introducción al proceso laboral.* 5ª edición. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000. Pág. 436.

7 Díez-Picazo Giménez, I.: *Derecho procesal civil.* Op. cit. Pág. 385.

8 Blasco Pellicer, A. y Guamán Hernández, A.: *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*. Tomo II. AA.VV. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Pág. 2585.

9 Montero Aroca, J.: *Introducción al proceso laboral.* Op. cit. Pág. 437.

Finalmente, conviene insistir en que también las medidas cautelares pueden suponer una auténtica anticipación de los efectos de la sentencia firme. Este supuesto ha sido previsto expresamente por el Art. 726.2 LEC[10] y ha sido resaltado por la doctrina[11]. Y debe subrayarse que la LRJS también ha contemplado específicas medidas cautelares que implican la anticipación de los efectos de la sentencia, como es el caso del Art. 152.1, en que el demandante puede solicitar y el órgano jurisdiccional acordar la suspensión del acto o resolución administrativos recurridos y en general cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, cuando la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder su finalidad legítima a la demanda. Igualmente, en los apartados 2 y 3 del Art. 180 LRJS se prevén dos supuestos distintos de suspensión del acto empresarial impugnado que comportan avanzar el efecto de una sentencia favorable. Es precisamente el conjunto de estas disposiciones legales que conducen a la doctrina mayoritaria a sostener un concepto amplio de la justicia cautelar que comprende no tan solo una función de garantía y de aseguramiento sino también de anticipación de los efectos de la sentencia firme favorable a las pretensiones del demandante.

II. MEDIDAS CAUTELARES Y FIGURAS AFINES

Aunque de la misma legislación procesal se infiere un concepto amplio de justicia cautelar que no tan solo alcanza una función de garantía sino de auténtica anticipación de los derechos que puedan ser reconocidos en sentencia firme, ello no es óbice para que deba diferenciarse esta institución procesal de otras figuras afines con finalidades diversas y regímenes jurídicos bien distintos.

De esta forma, en el ámbito del proceso laboral conviene distinguir las medidas cautelares de otras figuras como son los actos preparatorios y diligencias preliminares, la anticipación y aseguramiento de la prueba, la fianza para la sustanciación de un recurso devolutivo, la ejecución provisional y las medidas asegurativas adoptadas en el marco del proceso ejecutivo. Y aunque es cierto que la totalidad de estas instituciones procesales integran de uno u otro modo el derecho a la tutela judicial efectiva, no es menos cierto que es distinta su finalidad así como su regulación jurídica, lo que obliga a distinguir escrupulosamente entre las mismas al efecto de que su uso en el proceso sea correcto y eficiente.

Los actos preparatorios y diligencias preliminares se definen por su doble finalidad: por una parte, la de aclarar dudas y facilitar información al accionante sobre la legitimación de quien se pretende demandar y, por otra, la de contribuir a preparar la demanda clarificando cuestiones de fondo. Por tanto, el objeto de los actos preparatorios y diligencias preliminares regulados en los Arts. 76 y 77 LRJS no es otro que la de suministrar a la parte demandante —aunque también está legitimada la parte que presuma que puede ser demandada en un futuro pleito— información esencial para la interposición de la demanda, objetivo lejano y que poco tiene que ver con la función de garantizar la efectividad de lo resuelto en una futura sentencia estimatoria de la demanda que caracteriza al incidente cautelar.

En lo que se refiere a la distinción entre el proceso cautelar y los actos de anticipación y aseguramiento de la prueba, debe recordarse que esta última institución, regula-

10 El Art. 726.2 LEC establece que: *Con carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.*

11 Vid. Montero Aroca, J.: *Introducción al proceso laboral.* Op. cit. Pág. 437.
Asimismo, Díez-Picazo Giménez, I.: *Derecho procesal civil.* Op. cit. Pág. 385.

da en el Art. 78 LRJS, persigue garantizar no el fallo de una sentencia estimatoria de la demanda —como sucede con las medidas cautelares— sino que pretende asegurar a la parte litigante —tanto actora como demandada— que pueda hacer uso en el proceso de todos aquellos medios de prueba admitidos en derecho, de forma que si alguna de tales pruebas no pudiera practicarse —por las razones que fueren— en el acto del juicio, la parte que pretenda servirse de ellas pueda adelantar su práctica con anterioridad a la vista oral, incluso antes de la interposición de la demanda.

Igualmente resultan perceptibles las diferencias subsistentes entre las medidas cautelares y la consignación de la condena para la interposición de un recurso devolutivo establecida en el Art. 230 LRJS. La relativa proximidad de ambas instituciones es debida a una finalidad compartida: la de constituir garantía del efectivo cumplimiento de lo finalmente resuelto en sentencia firme. Sin embargo, es claro que el afianzamiento de la condena como condición para recurrir cuando el demandado no tiene la condición de trabajador ni de beneficiario de Seguridad Social ni tampoco tiene reconocido el derecho a justicia gratuita persigue otros objetivos muy distintos a la justicia cautelar, como es la de reducir el planteamiento de recursos meramente dilatorios (STC 3/1983). Además, la consignación de la condena para recurrir precisa de una sentencia definitiva que se pretende impugnar por la vía del recurso y, por el contrario, la medida cautelar se justifica normalmente —al menos en el proceso declarativo— por la inexistencia de la sentencia. En realidad, la mayor parte de las medidas cautelares se decretan con anterioridad al dictado de la sentencia, incluso pueden disponerse —Art. 725 LEC— con carácter previo a la presentación de la demanda[12]. Por tanto, ambas figuras no tan solo están alejadas por los presupuestos procesales en que pueden producirse sino también por el régimen jurídico que regula cada una de ellas.

La ejecución provisional de sentencias y la justicia cautelar también mantienen ciertos paralelismos que contribuyen a confundirlas: las decisiones procesales que se adoptan en ambos casos tienen un carácter provisional y cesan en sus efectos si en el procedimiento principal/declarativo se resuelve finalmente en sentido adverso a las pretensiones de la parte demandante. Asimismo, ambas instituciones pueden compartir en ocasiones uno de sus objetivos: anticipar el cumplimiento de la sentencia no firme. Incluso, en algunos supuestos ambas figuras pueden desplegar sus efectos en el mismo momento procesal, esto es, tras la sentencia y durante la tramitación del recurso devolutivo. Sin embargo, a diferencia de las medidas cautelares —que pueden instarse antes de la sentencia—, la ejecución provisional exige como premisa ineludible la existencia de una sentencia definitiva —no firme— en la instancia. Si la acción cautelar tiende a asegurar los resultados de un proceso judicial, la ejecución provisional tiende al reforzamiento de la justicia de instancia y a evitar los perjuicios que comporta la demora de los procesos judiciales anticipando el cumplimiento de la sentencia no firme[13]. Asimismo, en la justicia cautelar rige el principio de injerencia mínima, consistente en que el juez habrá de adoptar aquella medida que perjudique en menor grado los intereses de la parte demandada, en cambio en la ejecución provisional el único límite que regirá es el de la no causación de un perjuicio irreparable[14]. Por otra parte, debe quedar constancia que ambas instituciones procesales no comparten ni su régimen jurídico ni

12 Sobre medidas cautelares *ante demandam* vid. Valls Gombau, J. F.: "La unificación del procedimiento cautelar", publicado en la obra colectiva dirigida por el mismo *Las medidas cautelares y los recursos.* Colección Cuadernos de Derecho Judicial X-2000. Ediciones del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000. Págs. 270 y ss.

13 Varela Autrán, B.: "La ejecución de sentencias laborales: especial referencia a la ejecución provisional y a las medidas cautelares", publicado en la obra colectiva *Problemas críticos del proceso laboral.* Colección Estudios de Derecho Judicial nº 63. Ediciones del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005. Pág. 371.

14 Varela Autran, B.: "La ejecución de sentencias laborales…" Op. cit. Pág. 371.

tampoco el objetivo básico del proceso cautelar, es decir, el garantizar el cumplimiento de la sentencia de condena para el caso de que ésta adquiere firmeza.

Finalmente, también es importante discernir cuando una determinada medida judicial de afectación patrimonial de la parte demandada se perfila como una medida cautelar o como una actuación ejecutiva. En este punto, hay que referirse obligadamente al embargo de bienes o derechos. El determinar si el embargo se adopta como medida cautelar o como una actuación ejecutiva tiene una notable trascendencia puesto que de su catalogación dependerá el régimen jurídico que le será de aplicación (requisitos procesales necesarios para su adopción, interposición de recursos, condiciones para su alzamiento, etc.). Los factores que resultarán determinantes para su distinción están relacionados con la finalidad de la medida y el momento procesal en que se adopten. De esta forma, si el embargo se acuerda a petición de parte durante el proceso declarativo y previo a la constitución del título ejecutivo con el objeto de garantizar una eventual resolución favorable al demandante, es claro que se está ante la medida cautelar por excelencia. Por el contrario, si el embargo se acuerda de oficio por el secretario judicial tras el despacho de la orden general de ejecución —Art. 551.3 LEC— y a partir de la obligación constituida en el título ejecutivo, es claro que se está ente una medida ejecutiva adoptada en el marco del procedimiento de apremio y que puede culminar con la realización del bien para la satisfacción de la deuda recogida en la ejecutoria. En consecuencia, aunque esta medida asegurativa es casi idéntica en el proceso cautelar y en el ejecutivo, la finalidad es completamente distinta, limitándose en el primer caso a una función de pura garantía y, en cambio, constituyendo en el segundo de los supuestos el paso previo necesario para la realización del bien y posterior satisfacción de la deuda ejecutada.

No obstante, conviene adelantar en este punto —aunque se desarrollará más adelante— que también es posible adoptar dentro del proceso ejecutivo medidas cautelares, resultando más complicada la distinción en este caso entre el embargo cautelar y el ejecutivo.

III. RÉGIMEN JURÍDICO Y PRESUPUESTOS PROCESALES DEL INCIDENTE CAUTELAR EN EL ORDEN SOCIAL

El Art. 79 LRJS se configura como el precepto central en el cual se establecen las normas fundamentales que han de regular la institución cautelar en el proceso social. A diferencia de lo que acontecía en la LPL —que se limitaba a regular el embargo preventivo—, el vigente Art. 79 fija, mediante reglas propias o mediante la técnica de remisión, la ordenación básica del proceso cautelar social, estableciendo un régimen jurídico común o general mediante la aplicación directa de normas civiles —Arts. 721 a 747 LEC— implementadas con reglas de acomodación al proceso social. No obstante, cuando el proceso principal verse sobre impugnación de actos de las Administraciones públicas en materia laboral y de seguridad social, junto a las reglas específicas que establece la LRJS, habrá que aplicar el régimen jurídico cautelar previsto en los Arts. 129-136 LJCA[15]. El Art. 79 también incorpora disposiciones para la regulación de medidas cautelares concretas para determinados pleitos, como es el caso de reclamaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional o de procesos de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador.

Ante esta diversidad de regulaciones, puede afirmarse que la LRJS no ha optado por establecer un régimen regulador del proceso cautelar único sino que ha preferido apos-

15 Galina Moreno, J. M. y Luján Alcaraz, J.: *Curso de procedimiento laboral.* 9ª edición. AA.VV. Ed. Tecnos, Madrid, 2012. Pág. 148.

tar por la pluralidad de regímenes, fijando un "régimen general" o "común" próximo al proceso civil con correcciones, y unos "regímenes especiales" en función de las materias, valores y principios insertos en ellas[16]. En el marco del régimen común cautelar regirá como regla general —Art. 721 LEC— la relativa a que el actor puede solicitar del órgano jurisdiccional la adopción de las medidas cautelares que considere oportunas para asegurar la efectividad de la tutela judicial otorgada por la sentencia estimatoria que pueda dictarse en el proceso principal. Sin embargo, la primera corrección del régimen civil[17] que sobresale en el Art. 79.2 LRJS es que en el ámbito laboral el tribunal podrá acordar de oficio el embargo preventivo de bienes del demandado cuando éste realice actos de los que pueda presumirse que pretende situarse en estado de insolvencia o impedir la efectividad de la sentencia. Es claro que el legislador ha considerado que los intereses en juego en determinados procesos sociales trascendían la esfera estrictamente privada de las partes, motivo que justificaba una actuación de oficio del órgano jurisdiccional.

En cuanto al momento procesal en que puede formularse la solicitud de medidas cautelares, el apartado 4 del Art. 79 LRJS prescribe que la petición podrá presentarse en cualquier momento del proceso con anterioridad a la sentencia, sin que por ello se suspenda el curso de las actuaciones. Por tanto, a imagen y semejanza del proceso civil, la cautela podrá interesarse por escrito mediante otrosí a la demanda o tras la interposición de la misma y antes de dictarse sentencia. La solicitud habrá de formularse —Art. 732 LEC— con claridad y precisión, y deberá justificar cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigibles para que puedan ser concedidas las cautelas interesadas. Además, tendrán que adjuntarse a la solicitud los documentos que le den soporte o habrá que ofrecer la práctica de la prueba necesaria para acreditar la subsistencia de los presupuestos que habilitan para la adopción de las medidas cautelares. El Art. 79.3 LRJS, separándose de la norma civil, prevé que el órgano judicial pueda requerir al solicitante del embargo, en el término de una audiencia, para que presente documentos, información testifical o cualquier otra prueba que justifique la situación alegada.

No obstante, en relación al momento procesal apto para instar medidas cautelares, debe recordarse que el novedoso Art. 304.2 LRJS —precepto situado en el Libro IV— establece que para asegurar la ejecución de la sentencia y en garantía de los derechos afectados, el juez o tribunal podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes *…en cualquier momento, a instancia de la parte interesada o de oficio.* Esta previsión legal supone establecer el principio general de que el momento procesal para la adopción de las medidas cautelares en el proceso social no precluye ni tras dictarse sentencia y ni tan siquiera tras la adquisición de firmeza de la misma. Es posible que el legislador al establecer esta previsión haya tenido muy en cuenta el período de tiempo que transcurre entre el dictado de la sentencia y el despacho de la ejecución —provisional o definitiva—, un tiempo "muerto" —en ocasiones computable en semanas e incluso meses— que puede dar facilidades al demandado para la distracción de su patrimonio, y ello porque, mientras no se dicte la orden general de ejecución, durante este lapso temporal no puede acordarse ninguna medida asegurativa inherente a la ejecución.

En cuanto a la adopción de medidas cautelares *ante demandam*, parece incues-

16 Molina Navarrete, C.: *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social…* Op. cit. Pág. 517.

17 La adopción de la medida cautelar de oficio por parte del órgano jurisdiccional civil se contempla en la LEC como una remota excepción. Así, el Art. 521.2 LEC prevé que: *Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser adoptadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. (…)*

tionable que, aunque no consten expresamente mencionadas en el Art. 79, la simple aplicación directa del régimen civil —Art. 730.2 LEC— permite al órgano jurisdiccional social acordar también cautelas con carácter previo a la presentación de la demanda, y ello cuando se aleguen y acrediten razones de urgencia o necesidad. Ahora bien, el régimen regulador civil también será de aplicación en cuanto a su mantenimiento, de forma que si la demanda no se presenta ante el mismo órgano jurisdiccional dentro de los veinte días siguientes a su adopción, el secretario judicial deberá acordar de oficio el alzamiento o revocación de los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados.

Uno de los aspectos tradicionalmente más controvertidos sobre medidas cautelares en la jurisdicción social ha sido la exigencia del trámite de audiencia previa de la demandada. La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil ya estableció como regla general —Art. 733.1— que el tribunal podía acordar medidas cautelares *previa audiencia del demandado*. Sin embargo, el mismo precepto también contempló en su apartado 2 la posibilidad de omitir este trámite previo cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar. Durante la vigencia de la LPL, no se previó expresamente esta excepción, de modo que la laguna legal podía ser cubierta mediante la aplicación supletoria del Art. 733.2 LEC y adoptar medidas cautelares a instancia del demandado *inaudita pars*. La escasa doctrina existente del TC avaló esta solución[18]. La polémica se ha zanjado definitivamente con el párrafo primero del Art. 79.1 LRJS reproduciendo literalmente las previsiones del Art. 733 LEC. A pesar de ello, conviene recordar que, como apunta MOLINA NAVARRETE[19], aunque la norma procesal social no diga nada, este precepto no habilita a no oír a la parte —lo que sería inconstitucional por atentar gravemente al derecho de defensa de la parte afectada— sino a que la audiencia se produzca con posterioridad a la adopción de las cautelas, disponiendo así el litigante de un momento procesal para oponerse a ella.

Sobre el trámite de audiencia de partes, hay que observar que, a diferencia del proceso civil —Arts. 730-738 LEC—, en el Art. 79 LRJS no se ofrecen detalles sobre la misma, indicándose tan solo que regirán los preceptos civiles *…con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y oídas las partes.* Si se otorga preferencia al principio de celeridad que rige el proceso laboral, parece claro que el farragoso trámite incidental establecido en la LEC es manifiestamente mejorable, pudiéndose cumplir la exigencia legal de oír a las partes mediante el simple traslado por tres días del escrito de solicitud de medidas cautelares, y ello cuando no sea preciso practicar más prueba que la documental. Por el contrario, de resultar necesario para las partes practicar otras pruebas para fundamentar u oponerse a las medidas cautelares, el órgano jurisdiccional puede citar a comparecencia en los plazos y términos regulados en el Art. 180.5 LRJS, precepto que puede resultar perfectamente aplicable para adoptar decisiones cautelares en procesos distintos al de tutela de derechos fundamentales y que, además, es mucho más acorde con el sentido de este incidente[20].

En cuanto a los presupuestos legales que deben darse para que el órgano jurisdiccional pueda acordar las medidas cautelares, el Art. 728 LEC establece explícitamente los siguientes: 1) Peligro por mora procesal; 2) Apariencia de buen derecho, y 3) Caución. Tanto la doctrina como la jurisprudencia laboral —como la civil— han condicionado des-

18 No obstante, hay que hacer constar que la escasa jurisprudencia constitucional existente sobre el tema —ATC 918/1987— consideró que el órgano jurisdiccional podía acceder al embargo preventivo sin dar audiencia a la parte demandada sin que ello supusiera la vulneración del Art. 24.1 CE.

19 Molina Navarrete, C.: *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social…* Op. cit. Pág. 531.

20 Molina Navarrete, C.: *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social…* Op. cit. Pág. 532.

de siempre la justicia cautelar al *periculum in mora* y al *fumus boni iuris*. Por tanto, aunque la LRJS no aluda expresamente a estos presupuestos para acordar la medida cautelar, es evidente que continúan siendo plenamente vigentes en virtud de lo previsto en el mencionado precepto civil. En cuanto al tercer requisito contemplado en el Art. 728.3 LEC, debe indicarse que mayoritariamente la doctrina laboralista ya eximía de fianza al demandante en el proceso laboral[21]. Ello es lógico si se piensa que de establecerse incondicionadamente la fianza se comprometería la propia naturaleza del orden social al exigir a los trabajadores obligaciones de caución fuera de sus posibilidades económicas[22]. Finalmente, el Art. 79.1 LRJS ha instaurado como norma correctora del régimen civil —aplicable al proceso laboral— la exención de prestar caución a trabajadores, beneficiarios de Seguridad Social, sindicatos y a asociaciones representativas de TRADEs. De esta previsión legal cabe colegir *sensu contrario* que no gozan de esta exención de prestar fianza aquellos sujetos demandantes no incluidos en la relación reproducida, lo que significa que en tales casos será el órgano jurisdiccional que deberá calibrar la procedencia de la caución conforme a las pautas establecidas en el Art. 728.3 LEC.

Además de los presupuestos legales apuntados, tanto la doctrina como los mismos tribunales han adicionado algunas exigencias adicionales. De esta forma, en base a lo establecido en el Art. 726.1 LEC, se ha sostenido[23] que las cautelas deberán caracterizarse por el *principio de menor onerosidad*, es decir, que la medida cautelar acordada no debe ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. Asimismo, con base legal en el mismo precepto, también se ha postulado el *principio de adecuación* de la medida solicitada al objeto del proceso principal, esto es, que la medida debe ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. Algunos autores han integrado ambos presupuestos legales en el *principio de proporcionalidad*, argumentando que cualquier invasión de la esfera jurídicamente protegida se encuentra bajo el mandato de la proporcionalidad de los medios, mandato que dimana del Estado de Derecho y de la esencia misma de la libertad individual, por lo que dicha invasión sólo cabe ser realizada por los poderes públicos cuando fuere estrictamente inevitable para la tutela de intereses jurídicos prevalentes[24].

IV. MEDIDAS CAUTELARES Y EJECUCIÓN SOCIAL

La novedosa previsión de medidas cautelares en torno al proceso ejecutivo, introducida de forma general por el Art. 304.2 LRJS, no tan solo ha provocado desconcierto en ciertos sectores doctrinales[25] sino que ha puesto fin a una generalizada creencia de que no cabían —por superfluas— las medidas cautelares en el ámbito de la ejecución. De

---

21 Vid. Montero Aroca, J.: *Introducción al proceso laboral.* Op. cit. Pág. 441.

Asimismo, Jiménez-Asenjo Gómez, E.: "Las medidas cautelares en la LPL y en la LEC", publicado en la obra colectiva *Ejecución y medidas cautelares. Los nuevos problemas de supletoriedad de la LEC en el proceso laboral.* Edición del CEJAJ del Ministerio de Justicia, Madrid, 2002. Pág. 397.

22 Folguera Crespo, J.A.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. 2ª* edición. AA.VV. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011. Pág. 371.

23 Vid. Díez-Picazo Giménez, I.: *Ejecución forzosa. Procesos especiales.* Op. cit. Pág. 389. Igualmente, Valls Gombau, J.F.: "La unificación del procedimiento cautelar". Op. cit. Pág. 310.

24 Pedraz Penalva, E.: "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", en la obra colectiva *Las medidas cautelares y los recursos.* Colección Cuadernos de Derecho Judicial X-2000. Ediciones del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000. Págs. 42-43.

Asimismo, Molina Navarrete, C.: *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social…* Op. cit. Págs. 523-524.

25 Vid. Olarte Madero, F.: *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social.* AA.VV. Directores Blasco Pellicer y Goerlich Peset. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Pág. 498.

Igualmente, muestra su sorpresa Martínez Moya, J.: *Comentarios a Ley de la Jurisdicción Social*. AA.VV. Coordinador Sempere Navarro. Ed. Aranzadi, SA- Thomson Reuters. Pamplona, 2013. Pág. 1691.

esta forma, en el apartado 2 del Art. 304 LRJS se ha previsto que: *…el juez o tribunal, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada o de oficio, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia y en garantía y defensa de los derechos afectados atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 79.*

La primera de las cuestiones que debe subrayarse es que esta disposición no es reiterativa del Art. 79 sino que es claramente complementaria. Si se tiene en cuenta que este último precepto se halla situado en el Libro II de la LRJS, que regula el proceso ordinario y las modalidades procesales, se comprenderá que la finalidad principal del Art. 79 es la de regular el régimen jurídico cautelar en el ámbito del proceso declarativo. Por el contrario, teniendo en cuenta la ubicación del Art. 304 —Libro IV—, resulta evidente que la finalidad de este último precepto no es reiterar el primero sino reglamentar el incidente cautelar en torno al proceso ejecutivo. Por otra parte, destaca de esta norma el amplio alcance que le ha sido atribuido por el legislador. En primer lugar, se ha dispuesto que la medida cautelar podrá ser adoptada en cualquier momento, lo que significa que, concluido el proceso declarativo con la sentencia, la medida cautelar se podrá adoptar con anterioridad al despacho de la ejecución o dentro del mismo proceso ejecutivo. Además, puesto que el legislador no distingue expresamente, hay que considerar que la medida cautelar podrá acordarse tanto dentro del proceso de ejecución provisional como dentro del proceso de ejecución definitiva. Es decir, que el demandante podrá instar la medida cautelar desde antes de la incoación del proceso ejecutivo hasta la finalización de éste. Naturalmente, tras el archivo del proceso principal —ejecutivo en este caso— decaen y quedan sin efecto la totalidad de las medidas cautelares.

Igualmente, en el punto 2 del Art. 297 LRJS —apartado que regula la ejecución provisional de sentencias que declaren la nulidad del despido— también se contempla la posibilidad de adoptar medidas cautelares frente a la obligación del empresario de reincorporar al trabajador y de abonar la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna; concretamente se prevén medidas cautelares *…en especial para la protección frente al acoso, en los términos del apartado 4 del artículo 180.* Con esta alusión al Art. 180.4 LRJS, el legislador está señalizando la tipología de medida cautelar, en concreto está refiriéndose a la posibilidad de solicitar *…la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia (…) incluidas aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste.* Y parece bastante incuestionable la idoneidad de este elenco de medidas cautelares ante un supuesto en que el/la trabajador/a haya obtenido la declaración de nulidad del despido por haber sido objeto de acoso, dato que aconseja evitar a la víctima la reintegración —sin más opciones— a un medio laboral hostil en donde se vulneró su dignidad.

Asimismo, el novedoso apartado 3 del Art. 303 LRJS incorpora la previsión específica de que, tras la sentencia que estime la demanda de extinción del contrato de trabajo con indemnización —*ex* Art. 50 ET—, puedan adoptarse también medidas cautelares al margen o con independencia de la ejecución provisional de la sentencia.

A partir de estas previsiones legales contenidas en el Libro IV de la LRJS, puede afirmarse que estas medidas cautelares se caracterizan por su *compatibilidad*, *no duplicidad* y *complementariedad* con el proceso de ejecución social. En efecto, resul-

ta incuestionable que el legislador ha dispuesto implícitamente que puedan resultar plenamente compatibles las medidas cautelares con las actuaciones propias de la ejecución, desarrollando ambas sus efectos en paralelo dentro del proceso ejecutivo. Por otra parte, es obvio que esta compatibilidad se condiciona a la no duplicidad de las medidas, lo que significa que en ningún caso puede concebirse que la misma actuación judicial limitativa de los derechos del ejecutado pueda ser adoptada al tiempo como medida cautelar y ejecutiva. Así, por ejemplo, el embargo de bienes del ejecutado una vez despachada la orden general de ejecución en ningún caso puede constituir una medida cautelar puesto que se trata —Art. 551.3 LEC— de una actuación asegurativa inherente a la ejecución propiamente dicha. Por el contrario, sí que resultaría viable dentro de la ejecución definitiva el embargo cautelar contra un demandado incidental frente al que se interesa la extensión de responsabilidad *ex* Art. 240.2 LRJS. En este caso, las medidas ejecutivas no pueden dirigirse contra una parte contra la cual no se ha despachado la ejecución por no constar como obligada en el título ejecutivo, en cambio sí que pueden adoptarse cautelas frente a la misma, y ello con el objeto de garantizar la eventual extensión de responsabilidad de la ejecución tras la resolución por auto del incidente —Art. 238 LRJS—, momento a partir del cual ya podrían dirigirse las actuaciones ejecutivas contra una parte no incluida inicialmente en el título ejecutivo, pudiéndose transformar en ese instante el embargo cautelar en definitivo. Otra muestra de embargo cautelar dentro de la ejecución definitiva —que se produce en la práctica cotidiana de los juzgados— podría ser aquel embargo preventivo acordado por el órgano ejecutante a petición de las partes que han concertado un convenio transaccional dentro del proceso ejecutivo —Art. 246 LRJS—, en el cual se ha producido una ampliación subjetiva de la figura del obligado con la comparecencia de un tercero —que no ostentaba la condición de ejecutado—que ha asumido solidariamente la obligación junto a la parte ejecutada a cambio de una *quita* y/o una *espera*, ofreciendo en garantía determinado patrimonio y solicitando su embargo preventivo para afianzar el puntual y completo cumplimiento de los plazos acordados en el convenio. En este trance, hay que subrayar que es tan solo mediante la medida cautelar del embargo preventivo que puede afectarse judicialmente patrimonio del sujeto responsable solidario al cumplimiento de la obligación constituida en el nuevo título ejecutivo —el convenio—, y ello porque tras la homologación del convenio no puede decretarse sin más el embargo ejecutivo —*ex* Art. 551.3 LEC— sin haberse despachado previamente orden de ejecución del nuevo título constituido frente a este responsable solidario, ejecución que tan solo se incoaría tras solicitud del ejecutante motivada por el incumplimiento del convenio transaccional. En cambio, el embargo preventivo de patrimonio del responsable solidario —que debe acordarse por auto y no por decreto, pues se trata de una medida cautelar— se erige como garantía del cumplimiento de la obligación constituida en el nuevo título ejecutivo por parte del responsable solidario, teniendo esta medida cautelar una eficacia inmediata que evita la distracción de patrimonio del fiador solidario durante todo el tiempo en que se prolongue el cumplimiento de las obligaciones aplazadas estipuladas en el convenio.

La *complementariedad* de la medida cautelar con las actuaciones ejecutivas tal vez constituya el aspecto más importante que justifica la adopción de cautelas en el ámbito del proceso ejecutivo. La justicia cautelar en el marco de la ejecución persigue aportar elementos suplementarios que contribuyan al cumplimiento de aquellas obligaciones instituidas en el título ejecutivo cuando, con las propias actuaciones ejecutivas, pudiera frustrarse el mismo. Los supuestos específicos regulados en los Arts. 297.2 y 303.3 LRJS son ejemplos de esta función complementaria de la medida cautelar: se trata de aportar medidas adicionales que vayan más allá de las actuaciones ejecutivas pro-

piamente dichas y que hagan posible asegurar el cumplimiento pleno de la obligación contenida en la ejecutoria.

CONCLUSIONES

La Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social ha introducido en el proceso social, corrigiendo una grave carencia de la LPL, una regulación bastante completa de la justicia cautelar. Del conjunto del texto legal sobresale un extenso Art. 79, que se erige como el pilar básico a partir del cual se construye el régimen jurídico cautelar social, estableciendo un incidente cautelar común o general mediante la aplicación directa de la legislación civil con normas correctoras para su adaptación al proceso laboral. Además, en este mismo precepto y en otros —Arts. 152 y 180 LRJS— se prevén procesos cautelares con particularidades y que atienden a las especificidades del pleito principal, como es el caso de accidentes de trabajo, de tutela de derechos fundamentales o de litigios en los que se impugnan resoluciones administrativas, en este último caso disponiéndose la aplicación directa de las normas sobre medidas cautelares de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta voluntad del legislador de regular ampliamente el proceso cautelar social ha alcanzado incluso el ámbito de la ejecución, previéndose tanto normas generales de medidas cautelares en torno al proceso ejecutivo (Art. 304.2) como específicas actuaciones cautelares para determinadas modalidades ejecutivas, como es el caso de la ejecución provisional de despidos nulos (Art. 297.2) o de sentencias que dispongan la extinción de los contratos de trabajo a instancia del trabajador (Art. 303.3). Estas nuevas reglas recogidas en el Libro IV LRJS ponen en evidencia no tan solo la compatibilidad entre ejecución y medidas cautelares sino también la complementariedad de ambas instituciones, eliminando definitivamente las dudas existentes sobre su supuesta incompatibilidad.

Partiendo de la premisa que la justicia cautelar integra el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva —SSTC 66/1984, 115/1987, 237/1991, 238/1992, 148/1993, 218/1994, 39/1995 y 78/1996—, y teniendo en cuenta los malos tiempos que corren para trabajadores asalariados y beneficiarios de Seguridad Social con las permanentes reformas legislativas que van cercenando derechos laborales y sociales y *jíbarizando* el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, teniendo en cuenta todas estas circunstancias, no se acaba de comprender como una herramienta procesal tan potente para la tutela de la parte más débil del proceso laboral es empleada de forma tan excepcional y restrictiva en una jurisdicción como la social, distinguida precisamente por su carácter tuitivo y compensador.

No cabe duda que es más necesario que nunca un cierto activismo jurídico para generalizar entre los diferentes operadores jurídicos el conocimiento de todas las posibilidades que ofrece esta institución procesal, y ello sin más ambición que la de normalizar el uso de la justicia cautelar en la jurisdicción social.

LA RED EUROPEA DE CONSEJOS DE JUSTICIA*

Paul GILLIGAN

La Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ), de la que tengo el honor de ser Presidente, fue creada formalmente en Roma en 2004. El año que viene celebraremos nuestro décimo aniversario, contemplaremos con orgullo nuestros logros y miraremos hacia adelante con nuevas ideas sobre cómo puede la RECJ continuar desempeñando su papel en la promoción del área común de justicia. La RECJ está compuesta por los 20 Consejos de Justicia e instituciones similares existentes actualmente en la Unión Europea. Nuestro objetivo es reforzar el poder judicial independiente y responsable y promover las mejores prácticas para conseguir que el poder judicial pueda impartir justicia de calidad de forma puntual y efectiva en beneficio de todos los ciudadanos. La condición de miembro de la RECJ está abierta a todas las instituciones autónomas de los estados miembros de la UE a las que corresponde la responsabilidad última de respaldar al poder judicial en la impartición de justicia de forma independiente. El estatus de observador se atribuye a los Ministerios de Justicia de los estados miembros de la UE en los que no existe Consejo, tales como Alemania y Austria, y a los Consejos de Justicia de los estados candidatos al ingreso en la UE.

La RECJ es una asociación sin ánimo de lucro que cuenta con una oficina en Bruselas para prestar apoyo al funcionamiento de la red y para establecer contacto con las instituciones de la UE en nombre de sus miembros.

Consideramos que compartir experiencias y buenas prácticas en el ámbito judicial contribuye al desarrollo de una cultura judicial europea. Nuestro modus operandi consiste en establecer entre nuestros miembros cada año de tres a cuatro grupos de trabajo, los cuales posteriormente realizan una investigación sobre el tema correspondiente, y discuten y preparan un informe que es sometido a la aprobación de la siguiente Asamblea General de la RECJ. El informe contiene principios de buenas prácticas y/o estándares mínimos en áreas tales como la ética, el nombramiento y la promoción de los miembros del poder judicial, la reforma judicial, la evaluación y la inamovilidad, la confianza pública y mutua, y otros temas similares, los cuales, tras ser aprobados, pasan a formar parte del acervo de la RECJ. Actualmente estamos trabajando en informes relativos a la independencia y la responsabilidad y al reparto de asuntos. Un ejemplo de nuestro trabajo en acción lo constituye la reciente adopción por el Conseil Superieur de la Justice de Bélgica de nuestro informe sobre ética judicial en su Guide pour les Magistrats “Principes, Valeurs et Qualités” de 27 de junio de 2012.

Desde su fundación la RECJ ha venido reconociendo la absoluta necesidad de que, en beneficio de todos los ciudadanos de Europa, exista un sistema eficaz de justicia de calidad que contribuya a la paz social, el desarrollo económico y la seguridad para todas las partes interesadas.

---

* Texto del discurso pronunciado por el autor en el marco dela conferencia *Assises de la Justice*, organizada por la Comisión Europea y celebrada los días 21 y 22 de noviembre de 2013 en Bruselas (Bélgica). Traducción al español de José Miguel García Moreno.

La condición de miembro de la RECJ aglutina a los consejos nacionales y trae consigo el beneficio de revelar, por medio del diálogo, las fortalezas y debilidades de los diversos sistemas nacionales, lo que permite apoyar a los consejos en la reflexión sobre sus propios sistemas judiciales y en la identificación de posibles áreas susceptibles de mejora.

Como consecuencia de la crisis económica los sistemas de justicia se hallan bajo presión. El volumen de asuntos, tanto civiles como penales, se ha incrementado y con frecuencia no hay disponibilidad de los recursos esenciales que requieren respaldo económico. Es necesario que exista un mayor apoyo a los consejos y que se comprenda que el sistema judicial debe ser financiado adecuadamente. Es muy decepcionante ver cómo se reducen los presupuestos de los consejos en contraste con una carga de trabajo siempre en aumento, y como en ciertos casos se introducen por el ejecutivo cambios en la naturaleza y extensión de la representación judicial en los consejos de justicia, con la excusa de la rectitud fiscal. Para mantener un sistema de justicia eficaz y de calidad es necesario mantener un Consejo de Justicia autónomo, instituido constitucionalmente y adecuadamente financiado por un presupuesto blindado, creado y constituido con la finalidad de proteger la independencia del poder judicial de influencias inadecuadas.

Los consejos y los propios poderes judiciales deben identificar las áreas problemáticas e iniciar y proponer reformas. Al fin y al cabo, es el poder judicial el que desempeña su trabajo en la primera línea de cualquier sistema de justicia. El objetivo de la reforma no debería estar subordinado a consideraciones económicas, sino que debería concentrarse en mejorar la facilidad en el acceso a la justicia. También debería mantener y mejorar la impartición de una justicia de alta calidad, asegurar la coherencia en las sentencias y la prontitud, prestar un servicio eficaz al público y proteger la independencia judicial. Con el tiempo, la RECJ ha descubierto que frecuentemente los poderes judiciales y los consejos de justicia nacionales no están suficientemente implicados en el diseño de la estrategia de reforma, que es redactada y aprobada por los poderes ejecutivo y legislativo y posteriormente ejecutada por medio de la legislación correspondiente. Además, en ocasiones las decisiones se ven profundamente influidas por consideraciones económicas. Con frecuencia los sistemas de financiación del poder judicial son débiles en sí mismos y los poderes judiciales son vulnerables a intervenciones externas mal informadas. También puede que exista una falta de concienciación sobre la importancia que tiene para la sociedad en general y la economía en particular un poder judicial que funcione correctamente, independiente y responsable. Para equilibrar la balanza de la justicia no es posible que la reforma judicial sea gestionada únicamente por el poder judicial. Las leyes que regulan los procedimientos judiciales deben ser revisadas ocasionalmente y la reforma judicial requiere la cooperación de los tres poderes del estado, pero planteamos que el poder judicial debería estar implicado en todas las fases de las reformas que se propongan.

Hago una pausa simplemente para proporcionar un interesante ejemplo tomado del sistema judicial irlandés, que en 2004 vio cómo se creaba un Tribunal Mercantil especializado como sección del Tribunal Superior, el cual desde su creación ha sido presidido por el magistrado Sr. Peter Kelly, quien es asistido por otros tres magistrados. Cualquier parte en un procedimiento mercantil cuya cuantía exceda de un millón de euros puede interesar su admisión a trámite ante el Tribunal Mercantil, y una vez admitido, el procedimiento será tramitado de forma muy rigurosa. Desde el día 12 de enero de 2004 1.799 procedimientos han sido admitidos a trámite por el Tribunal Mercantil y 1.695 de éstos han sido ya resueltos, por lo que quedan 104 procedimientos pendientes. El plazo medio actual de pendencia desde el señalamiento hasta la conclusión del procedimiento es de

20 semanas y un posterior análisis en profundidad revela que el 50% de todos los procedimientos han sido concluidos en menos de 12 semanas. El Tribunal Mercantil de Irlanda funciona excepcionalmente bien y constituye el cimiento de una importante inversión extranjera en Irlanda. Podría servir como modelo en otros países para una reforma de calidad determinante de un sistema mucho más eficaz.

Ninguna de las partes en un litigio debería verse obligada a soportar una dilación indebida antes de la conclusión del procedimiento judicial ante los tribunales. A este respecto, la puntualidad y los problemas relacionados con las dilaciones en las sentencias y las bolsas de pendencia de asuntos son causa de una seria preocupación, en particular si se valoran desde la perspectiva del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales. Hemos analizado una serie de obstáculos que dificultan las sentencias sin dilaciones, así como las soluciones que podrían emplearse para superar las dificultades. Hemos organizado un exitoso seminario regional sobre este tema en Varsovia en 2013 y estamos planeando otro seminario en algún lugar de Europa Occidental en 2014. El objetivo de estos seminarios consiste en incrementar la concienciación sobre los problemas vinculados a las dilaciones, profundizar en la comprensión de sus causas y soluciones, y discutir sobre posibles recomendaciones y la colaboración entre los sujetos interesados. La organización de estos seminarios sobre puntualidad en un ámbito regional y contando con participantes de los países comprendidos en una región con una cultura y tradición jurídicas comparables permite adoptar un enfoque concreto y operativo, lo que no puede sino beneficiar a los singulares ordenamientos jurídicos.

La RECJ da la bienvenida a la iniciativa del Marcador de la Justicia y es de la opinión de que contribuirá a una mayor promoción de la eficacia de los sistemas judiciales en la Unión Europea**. Los aspectos más significativos del Marcador incluyen componentes tales como la calidad, la eficiencia y la independencia, y nosotros desde la RECJ querríamos añadir un cuarto elemento, en concreto, la responsabilidad. Aceptamos que se pueda sostener que la responsabilidad es un elemento inextricablemente vinculado a la independencia, pero opinamos que se trata de un aspecto que en estos tiempos modernos y desde la perspectiva tanto del poder ejecutivo como del poder judicial resulta un elemento vital para asegurar la confianza pública en el sistema de justicia.

La RECJ está proporcionando su apoyo a través de su experiencia. Los indicadores correspondientes al Marcador de la Justicia de 2013 dan una idea general de la situación de cada sistema judicial. Los informes redactados por nuestra red ponen de relieve que el poder judicial es fundamental en las reformas y en la eficacia de los sistemas de justicia e indican cómo llevar a cabo cambios en el funcionamiento diario de los tribunales. El Marcador de la Justicia en su versión correspondiente a 2013 se centra en la monitorización de las actividades de los tribunales. La RECJ es de la opinión de que un sistema de justicia eficaz debe evaluarse a sí mismo en relación con una amplitud de criterios relacionados con la confianza de los ciudadanos en la justicia y su sentimiento de seguridad. La RECJ ha estudiado las diversas formas de medición de la confianza pública en la UE, con la finalidad de desarrollar una herramienta que pueda ser utilizada para valorar y comparar las opiniones públicas respecto del funcionamiento de los sistemas judiciales en los países de la UE. El resultado de este trabajo podría servir de apoyo al Marcador de la Justicia y proporcionar información al mismo.

** EU Justice Scoreboard. Se trata de un proyecto de la Comisión Europea cuyo objetivo principal es prestar asistencia, tanto a la Unión Europea como a los estados miembros, para conseguir una justicia más eficaz proporcionando datos objetivos, fiables y comparables sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales de los diversos estados miembros. La información sobre este proyecto está disponible en la página web de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea: http://ec.europa.es/justice/effective-justice/scoreboard/index_en.htm (N. del T.).

La RECJ opina que el Marcador de la Justicia tendrá un efecto positivo e incrementará la concienciación en los estados miembros respecto de la importancia de la mayor eficacia de los sistemas judiciales y de la contribución de éstos al crecimiento económico. Somos conscientes de que los datos proporcionados en el Marcador de la Justicia pueden ser objeto de interpretaciones diversas y por ello queremos reiterar que cualquier medida económica que sea susceptible de afectar al poder judicial, aunque sea transitoria, debe preservar el papel esencial de la justicia en una sociedad democrática. El poder judicial debe seguir garantizando, incluso en situaciones económicas rigurosas, el derecho fundamental de todo ciudadano de acceder a la justicia, la protección efectiva de los derechos fundamentales, y la impartición de una justicia de calidad en un plazo razonable.

Estamos de acuerdo con la Comisión Europea en el hecho de que los elementos relevantes de la independencia estructural del poder judicial se hallan insuficientemente expuestos en el Marcador de la Justicia al momento presente. La RECJ ha identificado una serie de riesgos importantes para la independencia judicial, que han surgido como resultado de las actuales condiciones económicas adversas y de la evolución política. Algunos ejemplos ampliamente difundidos incluyen los riesgos de:

(1) Inversión inadecuada en el poder judicial, los tribunales y las estructuras judiciales.

(2) Reducción de los salarios y pensiones judiciales, así como cambios adversos en las condiciones profesionales de los jueces.

(3) Retos relativos a la seguridad en la permanencia en el cargo y a la edad de jubilación de los jueces.

(4) Ausencia de un sistema satisfactoriamente independiente de selección, nombramiento, promoción, disciplina y cese de los jueces.

(5) Problemas de selección de jueces sin la cualificación adecuada, particularmente para algunas funciones y en algunas regiones.

(6) Ausencia de sistemas satisfactorios de asignación de los jueces a asuntos concretos.

(7) Críticas arbitrarias de las resoluciones judiciales por parte de los políticos, parlamentarios y el poder ejecutivo, y de las respuestas de los jueces a las mismas.

(8) Deficiencias imputables a los jueces a la hora de reflejar las transformaciones de la sociedad civil, por haber perdido el contacto con los ciudadanos corrientes.

(9) Incrementos en la carga de trabajo y complejidad de los asuntos.

Resulta necesario hallar los cauces para afrontar los problemas de esta naturaleza, con la finalidad de sostener sistemas de justicia independientes y totalmente responsables. El Marcador de la Justicia representa una oportunidad para fortalecer a los poderes judiciales a fin de que puedan resistir los ataques a su independencia. Hemos emprendido un proyecto que implica una estrecha colaboración con la Comisión Europea y cuyo resultado será un conjunto de indicadores cuantificables de la independencia y responsabilidad del poder judicial.

Como la Vicepresidenta de la Comisión, la Sra. Reding, ha señalado en su intervención relativa al estado de derecho, la RECJ y otras redes trabajamos en colaboración con la Comisión Europea en el Marcador de la Justicia. Nos gustaría destacar que la Red Europea de Consejos de Justicia, la Red Presidentes de Tribunales Supremos, y la Red de Consejos de Estado representan a las instituciones nacionales formalmente constituidas en el ámbito europeo que abarcan el área de la administración de justicia. Hemos llegado a la conclusión de que, aunque el contacto entre las diversas entidades

judiciales en el ámbito de la UE funciona correctamente, el contacto con las instituciones de la UE es susceptible de mejora. No existe ningún mecanismo de diálogo estructurado que esté operativo. Para fortalecer las posiciones de los poderes judiciales de la UE y para hacer posible que los poderes judiciales impulsen el debate sobre el futuro del área común de justicia creemos que resulta necesaria la existencia de un órgano reconocido (e informal) que se reúna periódicamente y que opere como vía de comunicación para las instituciones de la UE y, simultáneamente, como órgano de representación de la perspectiva judicial ante dichas instituciones. A nuestro juicio este órgano podría servir como vínculo entre las autoridades judiciales nacionales y los órganos comunitarios, y responsabilizarse, así, de un sistema de alerta temprana en los casos en que la calidad y eficacia del poder judicial o del sistema judicial en la Unión Europea se halle en riesgo.

Muchas gracias por su atención.

APUNTES*

La justicia está que arde

Sí, en el sentido más literal de la frase. Y además, como para dotar de mayor intensidad a la carga simbólica del suceso, en una jurisdicción, la laboral, convertida por la crisis en el primer rompeolas de sus inhumanas consecuencias; pues sobre ella se precipitan regularmente, con la capacidad destructiva del tsunami, los efectos terribles de las sucesivas medidas encargadas de hacer retroceder los derechos sociales al cementerio de los históricos cuatro artículos del Código Civil de napoleónica estirpe y triste memoria.

El fuego, y fuego real, se declaró, sobre las 13 horas del pasado 24 de abril en el edificio de los Juzgados de lo Social de Madrid, en una torreta de refrigeración de la cubierta (equivalente a planta 11ª). La suerte quiso que no hubiera víctimas entre las no menos de tres mil personas que poblarían la sede en ese momento, y que tardaron más de veinte minutos en ser evacuadas. Todo en un contexto en el que, la norma de la casa que administra, en materia de infraestructuras y medios materiales se cumplió a rajatabla, pues no funcionó nada de nada. No lo hicieron las alarmas, ni los aspersores, ni alguno de los extintores. Tampoco la organización que tendría que haber evacuado el edificio, por lo que el desalojo fue espontáneo y se prolongó a lo largo de veinte minutos, poniendo, de paso, de manifiesto la falta de aptitud de las instalaciones para hacer frente a esta clase de emergencias. Y no se cerraron las puertas anti-incendio. Los bomberos tuvieron que servirse de una escala de 103 metros y, ya en la cubierta, se quedaron sin presión en las mangueras porque las cañerías habían reventado en la planta cuarta, produciendo la rotura del forjado y anegando esta y las tres primeras (veinte centímetros de agua y los expedientes a remojo). Además, parece ser que las tomas de agua eran inservibles. Y todo en un edificio con el suelo, el techo y las paredes de plástico, y en que las medianeras entre Juzgados son pilas de papel...

Pero, todavía más, el día 29 del mismo mes, y por una causa que no está bien acreditada, se produjo una evacuación espontánea del mismo edificio, que puso nuevamente de relieve su absoluta inadecuación a la naturaleza de los servicios que presta y al elevado flujo de personas a que este da lugar.

Por fortuna, no sucedió nada, en el sentido de que, afortunadamente, no hubo daños personales. Pero asimismo en el plano de las consecuencias, porque es como si nada hubiera ocurrido. Nada sobre lo que reflexionar, nada que prevenir, nada en materia de responsabilidades. La nada más absoluta.

A ello se debe que Jueces para la Democracia se haya visto en el deber de denunciar a los responsables de semejante estado de cosas, la Comunidad de Madrid, el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial ante la Inspección de Trabajo, como posibles infractores de la legislación de prevención de riesgos laborales.

---

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo, J. Hernández García y R. Sáez Valcárcel.

Legislador bipolar

Uno de los rasgos caracterizadores del legislador español en estos años es la apatía o la imposibilidad de cumplir con su relevante papel en materias de particular importancia. Tanto que, en ellas, podría decirse, está de vacaciones, o de *vacatio*. Tal es el caso de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, curioso caso, por cierto, pues mientras el prelegislador inunda con sus proyectos, el legislador no consigue poner nada en el BOE. Y así, entretanto, la justicia penal no sabe de la segunda instancia para los delitos graves, ni de la casación para los que no lo son; e injerencias gravísimas para derechos fundamentales básicos siguen discurriendo en la anomia, que es como decir la discrecionalidad, policial sobre todo (¿será por eso?); y, en otro orden de cosas, la transposición de fundamentales directivas europeas se eterniza, y con ello la protección de los consumidores en aspectos básicos.

Pero lo curioso es que ese mismo legislador, enfermo crónico de pasividad, puede ser ocasionalmente presa de brotes como el que hace nada pudo traducirse en este titular: «El gobierno cambia 26 leyes de una tacada y sin debate parlamentario». Bajo el mismo podía leerse: «El Congreso convalidará mañana, con los votos del PP, sin debate a fondo ni opción a enmiendas, el Real Decreto-Ley de Medidas urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia. Este paquete de 47 medidas económicas, aprobado el pasado viernes por el Consejo de Ministros [...] supone la modificación de 26 leyes».

Hasta ahora, la doctrina hablaba de las *leyes acto*, esas leyes *pro forma* que sirven para dar cobertura, muchas veces fraudulenta, a meros actos de gobierno, ayunas, por tanto, de la imprescindible dimensión de generalidad; también de las *leyes ómnibus*, como la de presupuestos, que lo mismo sirven para un roto que para un descosido, y en las que las mayorías parlamentarias, al igual que en la olla podrida, echan todo lo que les viene a la mano. Pero ahora, esta que nos gobierna, acaba de poner en el mercado (nunca mejor dicho) de la legalidad, un curioso producto-engendro de diseño, una *ley* a caballo entre el AVE y el histórico tren de mercancías. Y es que no cabe duda, la falta de medios agudiza el ingenio.

Para septiembre

«PP y PSOE dejan para septiembre las medidas de regeneración». Es un expresivo titular de prensa de un día de julio de este año, dando cuenta de que, en efecto, no hay prisa en eso de poner coto a la corrupción que ha convertido a este desgraciado país en verdadero parque temático de la cosa.

¿Serán conscientes las dos principales formaciones políticas de la credibilidad que merecen ante la ciudadanía en este negro punto de sus respectivas ejecutorias? ¿Hay algún motivo razonable para abrigar un mínimo de confianza en esa *convocatoria de septiembre*, tratándose como se trata de *repetidores compulsivos*?

El caminar (hacia atrás) de los derechos

Otra noticia reciente es la, ciertamente demoledora, de los miles de empleos suprimidos en las áreas de sanidad y educación en los dos últimos años. Unos datos fríos, que son la mejor denuncia de la impostura de que hacen gala los responsables de las correspondientes medidas, cuando niegan la evidencia terrible del esencial deterioro de la calidad de vida de la inmensa mayoría de los ciudadanos de este país en desguace.

Porque se trata de cifras que solo pueden ser leídas a la luz de una gráfica constatación de Lelio Basso: los derechos de las personas caminan con las piernas de quienes promueven o propician la efectividad de su disfrute. De este modo, la eliminación sistemática de médicos y educadores al servicio de la ciudadanía, es una auténtica tala, una corta masiva de una parte de esas benéficas extremidades imprescindibles, sin las que los derechos fundamentales terminan estando como ya están: por los suelos.

Es solo la falta de costumbre

La actuación del fiscal en el caso Urdangarín, y, en particular, en relación con la esposa de este ha hecho correr ríos de tinta. Además, sobre toda clase de papel, incluido el couché, soporte habitual de cuentos de hadas y princesas, en los que no suelen tener cabida vicisitudes judiciales.

Cuestiones jurídicas aparte, lo que ha preocupado es la actitud del primero, que si tomaba y ahora no toma cafés con el juez; que si le ha atribuido parcialidades y actitudes prejuiciosas y un empeño en sentar en el banquillo a la princesa solo por eso, porque es princesa... Es como si, de pronto, y a la inversa de lo que suele suceder, los contenidos habituales del papel couché de buen gramaje y tintado de colorines, se hubieran desplazado y sobrepuesto a los propios del papel de oficio.

Mas lo cierto es que, el «la princesa está triste, ¿qué tendrá la princesa?», que sería lo propio, ha sido desplazado por un «¿qué le pasa al fiscal?».

Y, aunque parezca mentira, nadie ha sabido dar con la respuesta, que vaya si es fácil.

Lo que le ocurre se concreta, simplemente, en un problema de adaptación. Es que *no se encuentra* en su actual rol. Y hay que entenderlo, pues nunca una señora de, formalmente implicada en los negocios de su esposo; ni siquiera en los supuestos tan frecuentes del «mira cari fírmame estos papeles, que son para un trámite», había pasado por una causa sin declarar con la anuencia del fiscal o incluso por su iniciativa. Del mismo modo que, seguramente, no hay precedente — como no fuera el caso Botín— del fiscal oponiéndose a una imputación.

No es, pues, extraño, y no debería extrañar que el fiscal mallorquín no sea el de otras veces, y se le encuentre y se encuentre él mismo raro.

Pensamiento nacional

La noticia es reciente: la institucionalidad argentina se ha dotado de un nuevo organismo que va a girar bajo la rúbrica, ahí es nada, de Secretaría de Estado de Coordinación Estratégica para el Pensamiento Nacional.

Lo de «pensamiento nacional» leído desde España y por alguien que haya vivido la posguerra es sencillamente de escalofrío. No se diga si, además, enchufado a lo de «coordinación estratégica». Pero si, encima, uno y otra resultan encomendados a una «Secretaría de estado», la cosa pasa a ser de síncope.

Mas lo cierto es que el nuevo flamante secretario de estado, ¿orwelliano *ministro de pensamiento*?, tiene por delante una tarea ciclópea: ¿pues cómo crear un pensamiento nacional? Quizá con la técnica del jíbaro: ya que resulta inimaginable que pueda reducirse de tal modo el pensamiento sin hacer lo propio con las cabezas de sus portadores. Pero, en cualquier caso, y, luego de creado, si ello fuera posible, ¿cómo amurallarlo para evitar que recupere su estatura y deje de ser nacional para quedarse en pensa-

miento a secas, que sería lo propio? Porque el pensamiento, siempre que tenga algo de lo denotado por el vocablo en la más obvia de sus acepciones, se pondrá enseguida *de viaje*, tenderá a desbordar cualquier confín, ya que pensamiento y frontera, como cultura *en sentido fuerte* y nacionalismo son términos incompatibles.

EXTRACTOS/ABSTRACTS

Justicia universal en España: el olvido del crimen de estado

Ramón Sáez

La última reforma legal de la extensión extraterritorial de la jurisdicción española ha supuesto la derogación en España de la prohibición del genocidio, ya que deja sin amparo incluso a las víctimas nacionales de los crímenes internacionales. Su tramitación es un modelo del trabajo legislativo del Estado de la crisis, con el desplazamiento del parlamento, la pérdida de la generalidad de la ley y la necesidad de actuar ante la emergencia.

Universal Justice in Spain: the oblivion of the state crime

The latest legal reform concerning the extraterritorial scope of the Spanish jurisdiction has determined the abolition in Spain of the proscription of genocide, since the new law does not even protect domestic victims of international crimes. The passing of the legal reform through the stages of parliamentary procedure is a model of the law making process of the State in the context of the current crisis, with the displacement of the role of Parliament, the loss of the general nature of the law and the need to react in the face of an emergency.

El triunfo de las finanzas capitalistas y el deterioro de los derechos sociales y de los derechos ecológicos

Teresa Vicente Giménez y Carlos Berzosa Alonso Martínez

En nuestros días, el espacio jurídico-político cede su lugar a la hegemonía de la economía, y con ello, la democracia occidental se supedita a los grandes intereses de un modelo económico que se impone como estructura básica de nuestra sociedad, única e inamovible. El Estado de derecho se muestra incapaz para el logro del desarrollo social y ecológico que debe impulsar a las democracias actuales, porque su propósito se ve sustituido por un concepto económico de desarrollo cuya obsesión es el beneficio ilimitado, precisamente la causa de la contaminación, la sobreexplotación del planeta, y el subdesarrollo. porque no existen razones jurídicas, éticas ni económicas de peso que justifique el actual retroceso que están sufriendo los derechos de los ciudadanos.

The triumph of capitalist finances and the deterioration of social and ecological rights

Nowadays, values, ethics, law and politics, the legal-political space, give way to the hegemony of the economy, and thereby, Western democracy subordinates to the great interests of an economic model that is imposed as a basic structure of our society that is unique and unchanging. The social state is unable to achieve the social and ecological development that should drive current democracies because their purpose of development is replaced by a concept of an economic development whose obsession is the unlimited benefit, which precisely is the origin of the pollution, overexplotation of the planet, and the underdevelopment.

La denominada "doctrina jurisprudencial vinculante" en el anteproyecto de ley orgánica del poder judicial. Comentario crítico

Eduardo Calvo Rojas

El autor examina aquí la regulación de la "doctrina jurisprudencial vinculante" que se contiene en el anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. La regulación propuesta se critica en sus diversos aspectos: en cuanto pretende instaurar la coexistencia de dos clases o categorías de jurisprudencia; en lo relativo al procedimiento ideado para la fijación de la doctrina jurisprudencial vinculante; o, en fin, por el distinto vigor con que parece dibujarse la vinculación de los jueces y tribunales, de un lado, y de los poderes públicos, de otro, a esa doctrina jurisprudencial de nuevo cuño. Pero, sobre todo, lo que el autor considera difícilmente asumible por razones de principio, y por ser extraña a nuestra cultura jurídica, es la propia idea de atribuir a la jurisprudencia carácter vinculante.

The so-called "binding case law" in the draft bill on the judiciary. A critical comment

The author presents the regulation of the so-called "binding case law" in the new Draft Bill on the Judiciary. Several aspects of the proposed regulation are criticised in this paper: a) the proposal to establish two coexisting categories of case law on the basis of its binding nature; b) the procedure designed in order to set the binding precedents; and c) the different binding force attached to this brand new kind of case law as regards judges and courts, on the one hand, and official authorities, on the other. Above all and as a matter of principle the author deems unacceptable the very idea of attributing a binding nature to case law, since this idea is alien to the Spanish legal culture.

La protección del cliente de banca y las últimas reformas legislativas.

Comisión de Derecho Privado de Jueces para la Democracia:

En el texto se analizan algunos problemas concretos en la contratación de créditos al consumo y de inversión financiera, con particular atención a la ejecución hipotecaria, argumentándose las soluciones en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y del ordenamiento comunitario y español, y se analiza la última reforma de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios, en transposición de la Directiva 2011/83/UE.

Protection of banking clients and latest legal reforms.

This paper analyses some of the specific problems related to consumer's credit and finance investment contracting, paying particular attention to foreclosure. It argues some solutions based on the case-law of the Court of Justice of the European Union, the Spanish Supreme Court and the Spanish and EU legal systems, and analyses the latest reform of the Spanish Act for the protection of consumers and users, which transposes EU Directive 2011/83/EU.

Justicia penal y corrupción: respuestas, carencias, resultados, posibilidades

Antonio del Moral García

El papel del derecho penal en la lucha contra los fenómenos de corrupción es puramente complementario. Sólo con derecho penal no solo no se vence a la corrupción sino que se corre el peligro de corromper al mismo derecho y proceso penal laminando algunas de sus garantías básicas. El Derecho penal es imprescindible para esa tarea pero

ha de acompañarse de otras medidas preventivas más eficaces tanto sociales como singularmente legales: transparencia, controles eficaces previos profesionalizados…

Criminal justice and corruption: responses, gaps, results and possibilities

Criminal law alone cannot beat corruption, and it has to be accepted that it is only one of the means of fighting against it. Each society must be aware of this, because relying to the criminal law to combat corruption, may not only be inefficient, but also end up in undermining the rights and principles of criminal law and distorting the very meaning of criminal procedure as a framework of procedural safeguards. Criminal law is indispensable in fighting corruption, but it needs to be complemented with social and legal measures in the field of prevention: transparency, efficient and professional controls and auditing, etc.

El control de la discrecionalidad técnica y la libre designación en la jurisprudencia del tribunal supremo

Nicolás Maurandi Guillén

El punto de partida consiste en subrayar los límites que tiene toda actuación pública discrecional, especialmente el representado por la necesidad de justificar y explicar la concreta necesidad de interés general que determina cada actuación singular del poder público. Se recuerdan las técnicas que la doctrina y la jurisprudencia ha elaborado para controlar la discrecionalidad administrativa general. Se explica que esas técnicas, con las debidas modulaciones, son aplicadas por la jurisprudencia al control de la discrecionalidad técnica y la libre designación en el empleo público. Y se exponen, finalmente, las ideas más significativas de esa jurisprudencia.

Control of technical discretion and free appointment of public employees in the case law of the spanish supreme court

The starting point of this paper lies in stressing the limits of any discretional public action, particularly as regards the need to provide the reasons connected to the public interest justifying the adoption of any single action by the public authorities. The author recalls the techniques developed by the academics and the courts of justice in order to monitor discretion by government administration. These techniques applied by the Spanish case law to monitor technical discretion and the free appointment of public employees are summarised by the author in the article.

Sobre el anteproyecto gallardón de ley orgánica del poder judicial

Grupo de Trabajo de Jueces para la Democracia

La Asociación Jueces para la Democracia envió en su momento al Consejo un amplio informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial preparado por el Ministerio sde Justicia. Aquí se ofrece un extracto de tal informe limitado a resaltar los puntos más significativos del mismo, presididos todos por la crítica a los ataques a la independencia judicial que afloran repetidamente en el Anteproyecto.

On the "gallardon" draft bill on the judiciary

The judicial association "Jueces para la Democracia" provided the General Council for the Judiciary of Spain with an extensive opinion on the Draft Bill on the Judiciary written down by the Ministry of Justice. This paper presents a summary of the opinion underlining its most significant points and stressing the general criticism of the attacks on judicial independence which repeatedly appear throughout the text of the Draft Bill.

Los tribunales de instancia: más sombras que luces

Fco. Javier Pereda Gámez

El autor comenta luces y sombras del Anteproyecto de Ley de creación de los "Tribunales de Primera Instancia". La propuesta anunciada por el Gobierno español plantea dudas por la extensión de los Distritos y la elevada ratio de población que se quieren atender, en tanto tampoco se contemplan mecanismos de justicia de proximidad. La marcada jerarquización que se impone y la insuficiente claridad de las reglas de distribución de los asuntos, sugieren una posible afectación de la Independencia Judicial.

Courts of first instance: more shadows than lights

The author comments pros and cons of the Law's Project referring the introduction of "First Instance Courts". The Spanish Government proposal makes doubts because the length of the District Areas and high attending population ratios, instead Justice Proximity mechanisms are not introduced. High hierarchical organization and no clear distribution work's rules suggest affectation of Judicial Independence.

Jueces en expectativa de destino: ¿jueces movibles?

Gonzalo ALCOBA GUTIÉRREZ

En los últimos años, la Carrera Judicial viene sufriendo, en España, notables distorsiones derivadas de la ausencia de plazas suficientes para la totalidad de los miembros de nuevo ingreso en la misma. A causa de esta situación, un importante número de nuevos jueces fueron enviados a destinos provisionales en calidad de jueces en expectativa de destino, institución cuya regulación resulta insegura e imprecisa. Mediante este artículo se pretende ofrecer una sucinta perspectiva de los principales riesgos que, de esta situación, se derivan para el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Judges expecting tenure of office: movable judges?

At the last years, Judicial Power is suffering, in Spain, worrying difficulties derived from the absence of vacancies enough for all the new member of that. Because of this state, an important number of new judges has been entrusted to provisional posts as "jueces en expectativa de destino", institution which regulation is not clear nor precise. In this article we intend to offer a brief review of the main risks for the course of the jurisdiction which come from this reality.

Acceso a los recursos y tutela judicial efectiva

Fernando Zubiri de Salinas

La jurisdicción civil se ejerce en la instancia, y la decisión es revisada por un tribunal superior mediante el acceso a los recursos de apelación establecidos en las leyes procesales. Las últimas reformas operadas en el ordenamiento procesal español han limitado el derecho al recurso de apelación, con merma de la seguridad y calidad de la justicia. El autor examina esas limitaciones, en relación con la regulación del derecho europeo, y la afectación que producen del derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso debido. Por otra parte examina el recurso extraordinario de casación y sus limitaciones debidas al establecimiento de una tasa que califica de desproporcionada, con las consecuencias que conlleva para la unidad del derecho.

Access to legal remedies and effective protection of rights by the courts of justice

Civil jurisdiction is exercised in the instance, and the decision is reviewed by a higher court, by accessing the appeals process established in law. The latest reforms introduced in the Spanish legal system have limited the right to appeal, with ensuring the safety and quality of justice. The author examines these limitations, in relation to the regulation of European law, and the effect they produce of the right to effective judicial protection and due process. Also examines the extraordinary appeal and its limitations due to the establishment of a disproportionate rate, with the consequences that entails for the unity of law.

Las medidas cautelares en el proceso de ejecución social.

Jaume González Calvet

Poniendo fin a una histórica carencia del procedimiento laboral, la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, ha incorporado una regulación extensa de la justicia cautelar tanto en el proceso declarativo como en el ejecutivo. A partir de la premisa sentada por la jurisprudencia constitucional de que la justicia cautelar integra el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, el legislador ha potenciado y actualizado de forma decisiva las medidas cautelares en la jurisdicción social.

Precautionary measures in the process of labour enforcement

Act 36/2011 governing the labour branch of the jurisdiction includes an extensive regulation of precautionary justice, both in the declaratory and enforcement procedures, which puts an end to a historic gap in the Spanish labour process. Taking into account the doctrine of the Spanish Constitutional Court, according to which precautionary justice is an essential constituent of the right to an effective protection by the courts, the lawmaker has strengthened and updated precautionary measures in the labour branch of the jurisdiction in a decisive manner.

LA RED EUROPEA DE CONSEJOS DE JUSTICIA

Paul Gilligan

La Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ) fue creada formalmente en Roma en 2004. La RECJ está compuesta por los 20 Consejos de Justicia e instituciones similares existentes actualmente en la Unión Europea, y su objetivo es reforzar el poder judicial independiente y responsable y promover las mejores prácticas para conseguir que el poder judicial pueda impartir justicia de calidad de forma puntual y efectiva en beneficio de todos los ciudadanos de la UE. En este artículo se exponen el modus operandi de la RECJ y los cauces de cooperación de la RECJ con las instituciones de la UE, en particular con la Comisión Europea en relación con el Marcador de la Justicia de la UE.

The european network of councils for the judiciary

The European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ) was formally established in Rome in 2004. The ENCJ consists of the 20 Councils for the Judiciary and similar institutions presently in existence in the European Union, and its aim is to reinforce an independent yet accountable judiciary and to promote best practices to enable the judiciary to deliver timely, effective and quality justice for the benefit of all EU citizens. This paper presents the *modus operandi* of the ENCJ and its cooperation with the EU institutions, particularly with the European Commission in the context of the EU Justice Scoreboard.