

Nº 2

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

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



APPDPUE

*Asociación de Profesores de
Derecho Procesal de las Universidades Españolas*



**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN
DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS
Nº 2**

Directora:

CORAL ARANGÜENA FANEGO
(Universidad de Valladolid)

Subdirectora:

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
(Universidad de Vigo)

Secretaria:

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
(Universidad de Valladolid)

tirant lo blanch

Valencia, 2020

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: V-1936-2020
ISSN: 2695 - 9976
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

Teresa Armenta Deu (*Universidad de Girona*)

José M^a Asencio Mellado (*Universidad de Alicante*)

Silvia Barona Vilar (*Universidad de Valencia*)

Chiara Besso (*Università degli Studi di Torino*)

Paolo Biavati (*Università di Bologna*)

Ángel Bonet Navarro (*Universidad de Zaragoza*)

Hess Burkhard (*Instituto Max Planck de Luxemburgo*)

Manuel Cachón Cadenas (*Universidad Autónoma de Barcelona*)

Loïc Cadiet (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*)

Pía Calderón Cuadrado (*Universidad de Valencia*)

Valentín Cortés Domínguez (*Universidad Autónoma de Madrid*)

Olga Fuentes Soriano (*Universidad Miguel Hernández, Elche*)

Faustino Cordón Moreno (*Universidad de Navarra*)

Andrés de la Oliva Santos (*Universidad Complutense de Madrid*)

Antonio del Moral García (*Magistrado del Tribunal Supremo*)

Ignacio Díez-Picazo Giménez (*Universidad Complutense de Madrid*)

Vicente Gimeno Sendra (*Universidad Nacional de Educación a Distancia*)

Juan Luís Gómez Colomer (*Universidad Jaume I de Castellón*)

José Luis González Montes (*Universidad de Granada*)

Fernando Jiménez Conde (*Universidad de Murcia*)

José de los Santos Martín Ostos (*Universidad de Sevilla*)

Juan Montero Aroca (*Universidad de Valencia*)

Víctor Moreno Catena (*Universidad Carlos III de Madrid*)

Julio Muerza Esparza (*Universidad de Navarra*)

Manuel Ortells Ramos (*Universidad de Valencia*)

Eduardo Oteiza (*Universidad de la Plata Argentina*)

Giovanni Priori (*Pontificia Universidad Católica del Perú*)

Francisco Ramos Méndez (*Universidad Autónoma de Barcelona*)

José M^a Rifá Soler (*Universidad Pública de Navarra*)

Carmen Senés Motilla (*Universidad de Almería*)

Isabel Tapia Fernández (*Universidad de las Islas Baleares*)

John Vervaele (*Universidad de Utrecht, Holanda*)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

Federico Bueno de Mata (*Universidad de Salamanca*)

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

Mercedes Fernández López (*Universidad de Alicante*)

Fernando Gascón Inchausti (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Francisco Herrero Perezagua (*Universidad de Zaragoza*)

Mar Jimeno Bulnes (*Universidad de Burgos*)

Fernando Martín Diz (*Universidad de Salamanca*)

Santiago Pereira (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

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

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

ÍNDICE

ANULACIÓN DE LAS ABSOLUCIONES PENALES Y EL SUBTERFUGIO A LOS LÍMITES DE LA APELACIÓN: LA CONVENIENCIA DE SU REFORMULACIÓN.....	7
<i>RICARDO JUAN-SÁNCHEZ</i>	
EL REALISMO MÁGICO DEL NUEVO PROCESO CIVIL.....	37
<i>SONIA CALAZA LÓPEZ</i>	
TRIBUNALES DE JUSTICIA Y AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA TRAS LA DIRECTIVA ECN+.....	71
<i>JESÚS MIGUEL HERNÁNDEZ GALILEA</i>	
LA RESPUESTA ANTE LA FALTA DE COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA. REFLEXIONES AL HILO DE LAS DENEGACIONES REITERADAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS ODE EN EL CASO PROCÉS.....	105
<i>ALEJANDRO HERNÁNDEZ LÓPEZ</i>	
DESPEGÁNDOSE DEL LITIGIO: EL NECESARIO IMPULSO DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	141
<i>TOMÁS FARTO PIAY</i>	
ARISTAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DIRECTIVA 2011/99/UE REGULADORA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN EUROPEA.....	177
<i>RAQUEL BORGES BLÁZQUEZ</i>	

ANULACIÓN DE LAS ABSOLUCIONES PENALES Y EL SUBTERFUGIO A LOS LÍMITES DE LA APELACIÓN: LA CONVENIENCIA DE SU REFORMULACIÓN¹

ANNULMENT OF ACQUITTALS IN CRIMINAL CASES AND THE BROKEN OF THE LIMITS OF THE APPEALS BODY: THE CONVENIENCE OF REFORMULATION

Ricardo JUAN-SÁNCHEZ

Profesor Titular de la Universitat de València

Ricardo.juan@uv.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO (INTERNACIONAL Y NACIONAL) SOBRE EL DERECHO A UN RECURSO EN MATERIA PENAL. III. LAS GARANTÍAS DE UN JUICIO JUSTO EN LA APELACIÓN PENAL: SÍNTESIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE LA MATERIA Y SU VERDADERO ALCANCE. IV. LAS GARANTÍAS DE UN JUICIO JUSTO EN LA APELACIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL. V. ANULACIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS: DE LAS GARANTÍAS DE LA INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN AL RESPETO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. VI. ¿CABRÍA SUPRIMIR LA APELACIÓN DE LAS ABSOLUCIONES? 1. Balance de los derechos en juego. 2. El riesgo de la denominada presunción de inocencia invertida. 3. El comprometido papel del tribunal de apelación. VII. ¿SE AJUSTAN LOS TRIBUNALES DE APELACIÓN AL MANDATO LEGAL EN LA ANULACIÓN DE LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS? VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN. IX. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

Resumen: Análisis crítico de la anulación de las sentencias absolutorias de primera instancia mediante el recurso de apelación, sus implicaciones sobre la presunción de inocencia, las limitaciones revisoras de los tribunales de apelación y la posible “revocación indirecta o inducida” de las absoluciones como nuevo reto a la doctrina del TEDH sobre la materia.

Abstract: Critical analysis of the annulment of the acquittals of first instance through the appellate procedures, its implications on the presumption of innocence, the review limitations of the appellate courts and the possible “indirect or induced revocation” of the acquittals as a new challenge to the doctrine of the ECHR on the matter:

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-095424-B-I00, con el título “La justicia penal ante los retos de la eficiencia, la seguridad y las garantías procesales, en especial la instrucción y la simplificación de las técnicas de enjuiciamiento de los delitos”, y financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Palabras clave: Sentencia penal absolutoria, proceso justo, intermediación, arbitrariedad, valoración de la prueba, recurso de apelación

Keywords: Criminal acquittal, fair trial, procedural immediacy, arbitrariness, evaluation of evidence, appellate procedures

ABREVIATURAS:

AP:	Audiencia Provincial
Art.:	Artículo
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convención Europea de Derechos Humanos
Cit.:	citado
Fj.:	Fundamento Jurídico
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
Par.:	Parágrafo
Ss.:	Siguientes
Secc.:	Sección
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
SsTS:	Sentencias del Tribunal Supremo
SsTC:	Sentencias del Tribunal Constitucional
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

I. INTRODUCCIÓN

Tras numerosas condenas a nuestro país por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la vulneración de las garantías del debido proceso en la segunda instancia penal y en casación, la progresiva rectificación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la cuestión², así como la reforma de estos medios de impugnación por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, debiera poder decirse que la impugnación de las sentencias penales absolutorias ha quedado perfectamente acotada y a salvo de nuevos cuestionamientos

² Al respecto véase Alcacer Guirao, R., “Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación”, *InDret*, n. 1/2012, 3 a 5.

desde las exigencias constitucionales y del art. 6 CEDH. Pero opinamos que no es así.

Hasta la STC 125/2017, de 13 de noviembre, los casos revisados por el TC traían causa del régimen de la apelación (o casación) anterior a la reforma de los art. 790 y ss. por la señalada Ley 41/2015³. Pero las recientes SsTC 73/2019, de 20 de mayo y 149/2019, de 25 de noviembre, centradas ambas en el análisis de qué es o no una cuestión de índole netamente jurídica, otorgan el amparo solicitado frente a sendas sentencias de apelación revocatorias de una absolución dictadas ya con la nueva regulación de la apelación penal. Pero ese no es el principal problema, en nuestro parecer.

Con la redacción actual del art. 792.2 LECrim se veta claramente que los tribunales de apelación puedan condenar a quien previamente ha sido absuelto, y deben limitarse a anular la sentencia apelada, reenviando el asunto ante el órgano *a quo* para, con el diferente alcance que se prevé en dicho artículo, proceda este a dictar nueva sentencia. Este es el modo, aparentemente más simple y efectivo que ha encontrado el legislador español de regular la apelación penal en aparente concordancia con las exigencias que se derivan de la jurisprudencia del TEDH y del TC sobre las garantías del proceso debido en esta fase procesal.

Pero, esa doctrina jurisprudencial y el consecuente régimen establecido por el art. 792.2 LECrim, no exime al tribunal *ad quem* de la reconsideración de los extremos fácticos de la sentencia de primera instancia; con el nuevo régimen de la apelación tan solo se han limitado los efectos jurídicos (anulación del fallo anterior) pero no se evita que, a partir de una apreciación *indirecta o interpuesta* del material probatorio por los magistrados del tribunal *ad quem*, estos muestren su disconformidad con los hechos declarados probados por el tribunal *a quo*. Esto es, se sigue sin evitar que los magistrados del tribunal *ad quem* alcancen internamente otro convencimiento sobre los hechos a pesar de no haber presenciado personalmente las pruebas practicadas ni haber oído al acusado.

Damos por válido que, como no pueden condenar a partir de apreciación distinta de los hechos, estos magistrados no atentan contra las exigencias de inmediación y contradicción; ¿pero, si convienen en el error en la valoración de la prueba por el tribunal *a quo*, hasta qué punto están condicionando el posterior enjuiciamiento de estos por el juez que sí ha presenciado perso-

³ Incluso la última sentencia dictada por el TEDH en contra de nuestro país sobre esta misma cuestión en el *caso Pardo Campoy y Lozano Rodríguez c. España*, de 14 de enero de 2020, ns. 53421/15 y 53427/15, trae causa de un asunto previo a la reforma de 2015.

nalmente la prueba? Es tan evidente que así puede ser que si el tribunal *ad quem* aprecia la posibilidad de una resistencia en tal sentido, el propio art. 792.2 LECrim contempla que se aparte a ese juez para efectuar un nuevo enjuiciamiento de los hechos; es decir, la norma establece las condiciones para que prevalezca la apreciación *indirecta* de los hechos efectuada por el tribunal *ad quem*.

Lo cierto es que la cultura jurídica en la que se han formado y actuado los tribunales de apelación penal españoles hasta la reforma de 2015 sigue muy acendrada, y algunas sentencias ponen de manifiesto una resistencia de hecho a cambiar las pautas seguidas hasta entonces⁴. Es cierto que se aprecia una mayor contención en arrogarse facultades revisoras y anulatorias por parte de los tribunales *ad quem*, pero es posible detectar ciertas resoluciones de apelación en las que todavía persiste un ánimo evidente de querer *sustituir* la apreciación de las pruebas realizadas por los jueces *a quo*, esto es, de declarar veladamente cuál debe ser la correcta fijación de los hechos.

¿Se está de ese modo infringiendo alguna otra garantía procesal distinta a la inmediación y la contradicción? ¿El derecho de defensa, en una formulación más amplia que la mera contradicción? ¿El derecho a ser oído en todo caso?, ¿la presunción de inocencia?, ¿el derecho al juez legal pre-determinado, en su caso?

La solución adoptada por el legislador en la reforma no era la única posible⁵ pero sí está, *a priori*, entre las más sencillas y económicas, excepción hecha de la exclusión radical del derecho al recurso en los casos de sentencias de primera instancia absolutorias. No obstante, es posible que no se hayan previsto los efectos que de ello se derivan en algunos supuestos, que, aunque de forma aislada, están derivando en un *toma y daca* entre el juez *a quo* y el tribunal *ad quem*, que comporta que este último revise hasta en dos veces consecutivas las sentencias que el primero dicta sobre el mismo asunto, con la consecuencia de que tras el segundo recurso de apelación anulando el mismo pronunciamiento del juez *a quo* el tribunal de apelación ordena repetir el juicio ante otro juez distinto.

⁴ Quizá una explicación para ello pueda hacerse al considerar que como intrínseco y lógico en el recurso de apelación que los tribunales superiores puedan revisar los hechos de los tribunales inferiores. Sobre este aspecto Richard González, M., “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal”, Diario La Ley, de 1 de febrero de 2013, n. 8014, 1-12.

⁵ Como apunta Richard González, M., “Análisis crítico de la jurisprudencia...”, cit., 6, la jurisprudencia del TEDH en todo caso solo exigía que para agravar la condición del absuelto en primera instancia, tan solo debía abrir un turno de intervención del mismo en la apelación y respetar así su derecho de contradicción.

Lo que sigue no es un análisis sistemático del régimen de la nulidad de las sentencias absolutorias, sino la exposición de una serie de consideraciones que, tomando como punto de partida la situación acabada de apuntar, quieren plantear si no sería conveniente optar definitivamente por la firmeza, si no de todas, si de buena parte de los pronunciamientos absolutorios que dictan nuestros tribunales penales.

II. MARCO NORMATIVO (INTERNACIONAL Y NACIONAL) SOBRE EL DERECHO A UN RECURSO EN MATERIA PENAL

Sin otra intencionalidad que su mero recordatorio cabe apuntar que el derecho a recurrir los fallos judiciales dictados en primera instancia por los tribunales penales encuentra su fundamento y alcance en diversos preceptos de Derecho internacional y nacional.

De estricto ámbito internacional, el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así lo recoge con expresa referencia a los casos de condena. Ya en el ámbito regional, si bien el art. 6 CEDH no hace mención expresa a ese derecho, sí se recoge en el art. 2 del Protocolo 7 a dicha Convención⁶; por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 8.2.h) sí garantiza expresamente que los *acusados* tengan el “*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”.

El derecho español no aporta referencias explícitas a un derecho constitucional al recurso, pero dada la interpretación del art. 24 CE con arreglo a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España (art. 10.2 CE), así ha sido reconocido explícitamente por el TC a favor del acusado condenado (SsTC 12/2002, de 28 de enero y 29/2008, de 20 de febrero)⁷.

Es sobre todo la ley procesal penal la que da entidad a este derecho en los términos que se fijan en los arts. 790 y ss. LECrim, principalmente el primer apartado de este artículo que no limita el derecho a recurrir ni en orden al sentido del fallo ni en orden a la condición procesal del recurrente.

Por lo demás, incide en este bloque normativo, negando la posibilidad de un recurso de apelación, lo dispuesto tanto en el art. 71.3 CE sobre Diputados y Senadores, como en toda previsión legal de aforamiento ante el

⁶ Protocolo aprobado el 22 de noviembre de 1984, y ratificado por nuestro país el correspondiente instrumento publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009.

⁷ Un análisis detallado al respecto puede verse en Lara López, A.M., *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, Aranzadi, 2014, 180-183.

Tribunal Supremo por razón del cargo, con el consiguiente efecto que tiene sobre terceras personas no aforadas pero sobre las que se extienden dichas previsiones en atención a su participación en los hechos conjuntamente con aquellas otras personas. Esta cuestión excede de nuestro objeto y nos remitimos a los análisis hechos a este respecto⁸, y en todo caso apuntamos que esta situación jurídica no ha sido cuestionada por el TC (SsTC 64, 65 y 66/2001, todas de 17 de marzo). Cabe recordar que, en el ámbito europeo, el citado art. 2.2 del Protocolo 7 ampara este tipo situaciones al recoger entre las excepciones a este derecho que “... *el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional (...)*”.

III. LAS GARANTÍAS DE UN JUICIO JUSTO EN LA APELACIÓN PENAL: SÍNTESIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE LA MATERIA Y SU VERDADERO ALCANCE

La jurisprudencia del TEDH en materia de garantías en la segunda instancia penal, en caso de estar prevista en los términos que contempla y permite el Protocolo 7, puede sintetizarse del modo que se expone a continuación, teniendo en cuenta que dicha jurisprudencia se centra en la previsión del art. 6.1 CEDH del derecho que tiene toda persona a que su causa “sea oída equitativa, [y] **públicamente**...” —negrita nuestra—.

El proceso penal debe contemplarse como un todo y por lo tanto las garantías del art. 6.1 CEDH no se limitan a la primera instancia (*Ekbatani c. Suecia*, 26 de mayo de 1988, par. 24). Ahora bien, en la segunda instancia la aplicación del referido artículo presentará diferentes “modalidades” en atención, precisamente, de las singularidades del procedimiento penal entendido este en su conjunto —primera instancia y posteriores recursos— según la legislación interna de cada país, así como de las posibilidades que los acusados han tenido para exponer sus intereses durante todo ese proceso, añadiendo además la constatación de las funciones que le corresponda llevar a cabo al tribunal de apelación (*Ekbatani c. Suecia*, par. 27; *Jan-Ake Andersson c. Suecia*, 29 de octubre de 1991, par. 22; *Michael Edward Cooke c. Austria*, 8 de febrero de 2000, par. 35; *Constantinescu c. Rumanía*, 27 de junio de 2000, par. 53; *Vibolaru c. Rumanía*, 2 de octubre de 2018, par. 127).

⁸ Pérez Sola, N., “El contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 42, 2018, 373-375.

Una de esas modalidades del proceso debido en la segunda instancia es la referida a la garantía de todo acusado de estar presente y ser oído *en audiencia pública* (*Ekbatani c. Suecia*, par. 25; *Michael Edward Cooke c. Austria*, par. 35). Tal derecho a una audiencia pública, tanto en primera como, en su caso, en segunda instancia, no solo se justifica desde la base de garantizar al acusado un “mayor esfuerzo en alcanzar la verdad”, sino también en el empeño de “convencer” a ese acusado de que su causa ha sido oída por un tribunal del que ha podido constatar su independencia e imparcialidad (*Tierce y otros c. San Marino*, 25 de junio de 2000, par. 92). El control público y la transparencia de la justicia son también, pues, base de su justificación (*Tierce y otros c. San Marino*, par. 92).

El legislador, o en su caso los tribunales, podrán prescindir de una audiencia pública para pronunciarse sobre la admisibilidad y tramitación de los recursos interpuestos (*Monnell y Morris c. Reino Unido*, 2 de marzo de 1987, par. 58; *Ekbatani c. Suecia*, par. 31; *Jan-Ake Andersson c. Suecia*, par. 22), o bien cuando la configuración o planteamiento de estos se limite a la resolución de puras cuestiones de Derecho (*Sutter c. Suiza*, 24 de febrero de 1984, par. 30; *Ekbatani c. Suecia*, 31; *Jan-Ake Andersson c. Suecia*, par. 22), “con tal de que se haya celebrado en primera instancia” (*Ekbatani c. Suecia*, par. 31). Ahora bien si la valoración jurídica de unos hechos depende de la apreciación de un elemento subjetivo que el acusado niega (así el engaño para distinguir entre fraude y apropiación indebida), cabe que se convoque una audiencia pública (*Tierce y otros c. San Marino*, par. 99).

Precisamente, la consideración en sede de recurso de las cuestiones de hecho, y singularmente aquellas que afectan a la culpabilidad o inocencia del acusado, obliga, como paso previo para que el tribunal del recurso pueda valorarlas, a la celebración en fase del recurso de la mencionada audiencia pública a los efectos de permitir un “examen directo y personal” o una “apreciación directa [del acusado] que sostiene que él no ha cometido el hecho tenido por una infracción penal” (respectivamente, *Ekbatani c. Suecia*, par. 32; *Constantinescu c. Rumanía*, par. 55; *Vibolaru c. Rumanía*, par. 128), aunque en el recurso no se hagan valer hechos nuevos (*Tierce y otros c. San Marino*, par. 94-96).

En ese examen directo y personal del acusado reside la exigencia de la inmediación, lo que queda fuera de toda duda al exigir el TEDH que “*El nuevo examen, por el Tribunal de apelación, de la declaración de culpabilidad que impugnaba el señor Ekbatani exig[e], por tanto, una nueva y total audiencia, en presencia*” de los acusados (*Ekbatani c. Suecia*, par. 32). No dice el TEDH que pueda prescindirse de dicha exigencia cuando la determinación

de la culpabilidad o inocencia depende de la valoración de pruebas distintas al puro testimonio del acusado.

La celebración de dicha audiencia pública es una obligación positiva para los Estados firmantes de la Convención, de modo que su práctica no puede estar supeditada a que los acusados soliciten expresamente la celebración de la misma y su participación en ella (*Kremzow c. Austria*, 21 de septiembre de 1993, par. 68; *Michael Edward Cooke c. Reino Unido*, par. 43). Y cuando las circunstancias lo justifican, la Corte ha reconocido que el uso de la videoconferencia para la participación en la audiencia pública no es incompatible de por sí con las exigencias de un proceso justo y público (*Sakhnovski c. Rusia*, 2 de noviembre de 2010, par. 98; *Marcello Viola c. Italia*, 5 de octubre de 2006, par. 67; *Vibolaru c. Rumanía*, par. 138).

Ahora bien, en los casos en los que el acusado no niega los hechos, para la apreciación de los mismos por el tribunal del recurso, tanto en su reconsideración puramente fáctica como jurídica, no será necesaria la celebración de una audiencia pública, pues dicho tribunal podrá resolver de acuerdo con el art. 6.1 CEDH con base en el material obrante en el expediente judicial (*Jan-Ake Andersson c. Suecia*, par. 29).

El art. 6.1 CEDH no se respeta en fase de recurso por el mero hecho de que el acusado esté presente en la audiencia convocada a tal efecto sin que se le dé la palabra y/o que su letrado en todo caso pueda presentar un escrito de conclusiones (*Constantinescu c. Rumanía*, par. 19, 58 y 59). Además la no celebración de una audiencia pública con la participación del acusado, puede comportar también, dadas las circunstancias, la violación del derecho a defenderse a sí mismo del art. 6.3.c) CEDH (*Michael Edward Cooke c. Reino Unido*, par. 44).

Así pues, el art. 6 CEDH no recoge expresamente la garantía o principio de la inmediación, y por lo tanto su exigencia cabría atribuirle a la propia jurisprudencia del TEDH⁹. Pero obsérvese que la doctrina expuesta arriba no razona sobre el valor que cabe atribuir al contacto directo de un tribunal sentenciador —en primera o segunda instancia— con las pruebas sobre las que fundamenta su decisión, sino sobre la importancia (político-convencional) que tiene que el acusado pueda dirigirse personalmente al tribunal que

⁹ Álvarez Rodríguez, I., “La intermediación a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El caso de España”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 19/2019, 32; y del mismo autor “Las condenas al Reino de España por vulnerar la garantía de intermediación en la segunda instancia penal”, en *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (dirs. Matia Portilla y Delgado del Rincón), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 176.

le juzga y que aprecia su culpabilidad o inocencia. En la jurisprudencia del TEDH no se argumenta sobre esta materia en atención a la naturaleza de las pruebas (de carácter personal o no) que utiliza el tribunal para justificar una condena, sino básica y primordialmente en atención a si un acusado que niega los hechos ha tendido la oportunidad de dirigirse en persona al tribunal que *le juzga*.

El TEDH establece una exigencia que es más de índole política y que está desprovista de otras otras consideraciones técnicas, pues la doctrina del TEDH podría resumirse así: el derecho del art. 6.1 CEDH a ser oído por un tribunal, en el terreno penal se traduce en que solo se puede condenar a quien ha sido oído ante el tribunal que le ha juzgado públicamente, o dicho con mayor precisión, que en caso de ser condenado, la atribución de culpabilidad solo puede ser formulada por el tribunal que ha oído personalmente a quien niega esa culpabilidad.

IV. LAS GARANTÍAS DE UN JUICIO JUSTO EN LA APELACIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Con la aprobación de la Ley 41/2015 y su reforma en materia de apelación penal ya no resultaría necesario retrotraerse a la situación jurisprudencial previa a dicha reforma¹⁰. No obstante, es preciso poner de manifiesto como la recepción por parte del TC de la doctrina del TEDH arriba expuesta no ha tenido presente lo que consideramos el auténtico *leitmotive* de la misma, tal y como lo hemos expuesto anteriormente.

Efectivamente, cabe apuntar que en las sentencias en las que el TC ha abordado la apelación de las sentencias absolutorias dicho Tribunal ha desgranado una serie de criterios sobre qué tipo de pruebas requerirían que se garanticen los principios de inmediación y contradicción también en la apelación como condición necesaria para la revocación de aquellas sentencias¹¹. Esta jurisprudencia, que podría calificarse en buena parte de errática y que muestra una falta de precisión en el manejo de los conceptos, ha llegado a establecer un diferente grado o nivel de exigencia, pues si bien en los primeros pronunciamientos se estableció como criterio general el relativo a la garantía de la inmediación para la revisión de las pruebas de índole perso-

¹⁰ Al respecto puede verse un detallado análisis en Díaz Martínez, M., “Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutorias en apelación y casación principio de inmediación y derecho de defensa”, *Revista de derecho penal y criminología*, n. 9, 2013, 111-142.

¹¹ Richard González, M., “Análisis crítico de la jurisprudencia...”, cit., 2.

nal (STC 167/2002, de 18 de septiembre), es sobre todo a partir de las sentencias dictadas en 2012 (SsTC 126/2012, de 18 de junio y 201/2012, de 12 de noviembre) que queda claro que cabe “ampliar las garantías del acusado en la segunda instancia” exigiendo además la audiencia de dicho acusado como base esencial para una nueva apreciación de los hechos estimados en primera instancia. De este modo se cerraba un círculo argumental en el que, entre otras cosas, en cierto momento el TC había admitido incluso la revisión de la razonabilidad de las inferencias que extraía el juez *a quo* de los hechos declarados probados sin necesidad de intermediación; con ese giro, al menos se tendría que respetar la contradicción o audiencia al acusado (STC 88/2013, de 11 de abril). En esta última sentencia además se zanjó la discusión en torno a si el control de los elementos subjetivos de los hechos, esto es la concurrencia de dolo o culpa, formaba parte o no del debate fáctico o jurídico, concluyendo del primer modo y por lo tanto sometiendo su revisión a las mismas consideraciones que el resto del relato fáctico¹².

A raíz de dicha jurisprudencia desde hace años el debate, en buena parte, se ha trasladado a si el uso de los modernos sistemas de transmisión y grabación de las sesiones judiciales pueden colmar al menos las exigencias de la intermediación. Ya la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, modificó por entonces los arts. 790.1 y 791.1 y 2 para referirse, entre otras cosas, a las grabaciones de las sesiones y permitir un mayor control por parte de los tribunales de apelación y la doctrina se ha ido posicionando a favor de dicha posibilidad. Garberí Llobregat proclamó que la protocolización en video de las vistas iba a ser la solución “simple y sencilla” para atender a las exigencias que sobre la materia estaba estableciendo el TC¹³. Por su parte Calderón Cuadrado¹⁴, si bien sostiene que el soporte audiovisual a través del cual se pueden reproducir las pruebas de carácter personal, “en pura lógica seguirá faltando la intermediación con las posibilidades que abr[e]” en la primera instancia, sí

¹² Tras las reiteradas sentencias del TEDH, también el TC ha dejado claro que los llamados elementos subjetivos del delito forman parte de la vertiente fáctica del juicio (SsTC 184/2009, de 7 de septiembre; 126/2012, de 18 de junio; 88/2013, de 11 de abril). No obstante, ni el régimen anterior a la reforma de 2015, ni el vigente tras la misma, evitan de una forma rotunda que las partes procesales pretendan desligar el recurso de apelación (o de casación) de los estrechos márgenes de la valoración de la prueba por el tribunal de instancia para llevarlo al terreno de la infracción de la norma penal sustantiva y de ese modo sí conseguir un revocación de la sentencia absolutoria apelada. La vigencia de esta cuestión puede verse en el caso de la STC 73/2019, de 20 de mayo, la STS 217/2019 de 25 abril, y su voto particular al respecto; así como en la STS 421/2020, de 22 de julio.

¹³ Garbería Llobregat, J., “Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 647, 2004, 9-12.

¹⁴ Calderón Cuadrado, M.P., *La segunda instancia penal*, Pamplona, Aranzadi, 2005, 63.

considera que podrían contribuir a superar ciertas limitaciones derivadas de la falta de inmediación en la segunda instancia¹⁵. En esta línea Ferrer Beltrán, trata de matizar hasta qué punto la exigencia de inmediación —entendida en su sentido más riguroso— excluye que ciertos aspectos probatorios sean revisados en apelación a través del visionado de la grabación del juicio oral en primera instancia¹⁶. Otros autores han criticado la exigencia de inmediación por parte del TC por la razón de que las actuaciones procesales se registran para su posterior manejo por el tribunal *ad quem* siempre con las garantías de los arts. 743 y 788.6 LECrim¹⁷. Los análisis más recientes sobre el principio de inmediación insisten en la línea de utilizar los avances tecnológicos como una clara alternativa al mismo¹⁸, incluso para la revisión de las sentencias de condena¹⁹, pero el TC —y como se ha visto también el TEDH— es reticente a su uso generalizado (STC 149/2019, de 25 de noviembre, fj. 2).

Lo cierto es que con el nuevo régimen de la apelación tras la reforma de 2015 ya no es preciso atender a ese tipo de consideraciones, pues con la nueva redacción del art. 792.2 LECrim, los órganos *ad quem* ya no deben formular ningún tipo de valoración *final* sobre el material probatorio. La reforma de 2015 ha desplazado el debate desde la inmediación procesal a los defectos de motivación y la posible arbitrariedad de las sentencias absolutorias (a los supuestos de “clamorosa arbitrariedad” como dice alguna sentencia²⁰), desde los límites de los tribunales de apelación para rectificar la declaración de hechos probados, a las facultades que estos tribunales tienen respecto de la supervisión de la correcta justificación de la sentencia dictada, y en dicho sentido se abren otros potenciales riesgos, como se verá. Para ello, el actual art. 792.2 LECrim desarrolla en dos aspectos concretos el régimen general de la nulidad de los actos procesales previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto de una parte específica uno de los “casos en los que las leyes procesales así lo establezcan” (art. 238.6º

¹⁵ Calderón Cuadrado, M.P., *ibidem*, 67.

¹⁶ Ferrer Beltrán, J., “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias”, en *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n. 33, 2017, 18.

¹⁷ Goyena Huerta, J., “¿Son apelables las sentencias absolutorias?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5, 2014, 5.

¹⁸ Ortego Pérez, F., “La intermediación en el proceso penal”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, n. 1, 2020, 272-278. Iriarte Angel, F.B., “Una breve reflexión práctica sobre la segunda instancia penal: ¿funciona la revisión de la valoración de los hechos en las sentencias absolutorias?”, en el *Diario La Ley*, de 16 de septiembre de 2020, n. 9697, 4.

¹⁹ Goyena Huerta, J., “¿Son apelables las sentencias absolutorias?”, *cit.*, 5.

²⁰ SAP de Palma de Mallorca, secc. 1, 94/2020, de 24 de julio (FJ 2).

LOPJ), y de otra parte establece el procedimiento para ello en concordancia con lo previsto en el art. 240.1 LOPJ²¹. Aunque se trate de un recurso de apelación, la impugnación de las sentencias absolutorias con la finalidad de que se declare su nulidad de ningún modo pueden tener un carácter sustitutivo aquella decisión y por lo tanto no se trata de un auténtico segundo grado de jurisdicción consustancial a aquel medio de impugnación²².

Aunque excede del ámbito propio de nuestro objeto de análisis, es preciso apuntar que las limitaciones que tanto el Tribunal Constitucional como el TEDH han fijado para que un tribunal superior revoque una absolución y a continuación dicte una sentencia de condena concurren igualmente en el caso del recurso de casación. La propia regulación de este medio de impugnación constriñe seriamente la posibilidad de que el tribunal de casación valore la existencia de un error en la apreciación de la prueba solo en el caso de que el recurso se fundamente en infracción de ley y además a que la fuente de prueba consista en “documentos que obren en autos” (art. 849.1.2º LECrim). En otro caso, la única posibilidad de recurrir una absolución es con base en el art. 849.1.º LECrim por una mala aplicación de un precepto penal sustantivo. Pero en tal caso, cabe recordar que las apreciaciones sobre los elementos subjetivos del tipo penal tampoco puede ser revisados sin la presencia del acusado. Así lo ha venido a confirmar la STS 217/2019, de 25 de abril, en la que se formula un detallado análisis de estos extremos y de la que solo vamos a destacar lo siguiente, apuntando antes la particularidad de que la sentencia absolutoria de la audiencia provincial revocaba una condena previa de un juzgado de lo penal:

“Por tanto, el Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado.

La consecuencia de esta doctrina desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es únicamente el de infracción de ley pura del núm. 1º del art 849 de la LECrim, que es la única vía que permite el art. 847. b)

²¹ Es por eso que algunas sentencias, haciendo uso de un argumentario excesivamente formalista, están rechazando los recursos de apelación simplemente por que en su escrito de formalización se solicite la “revocación” de la sentencia y no la “nulidad” bajo el criterio que la misma no puede ser declarada de oficio como dispone el art. 240.2.II LOPJ. En ese sentido por ejemplo puede verse la SAP de Burgos, secc. 1, 198/2020, de 30 de julio.

²² Calderón Cuadrado, M.P., *La segunda instancia penal*, cit., 140-142.

LECRIM para recurrir una sentencia de la Audiencia Provincial absolutoria revocatoria de una previa condena del juzgado de lo penal”.

V. ANULACIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS: DE LAS GARANTÍAS DE LA INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN AL RESPETO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de intermediación ha sido históricamente un condicionante en el diseño del recurso de apelación penal, pero el legislador generalmente siempre ha optado por la solución más fácil para cumplir con sus exigencias, como es restringir el doble grado de jurisdicción. Así, por ejemplo, a finales del siglo XIX, en el momento de redactar la actual LECrim, se instauró la instancia única como criterio de enjuiciamiento²³; más de un siglo después, por ejemplo con la reforma de 2015, ha optado por reducir seriamente las atribuciones del tribunal de apelación y no por ampliar el régimen de la prueba en segunda instancia. Por ello nuestro sistema de apelación penal en términos generales se limita a instaurar una *revisio prioris instantiae*²⁴.

Como se ha expuesto el fundamento de la jurisprudencia constitucional sobre la vulneración en sede de apelación del art. 24.2 CE se ha centrado esencialmente en el respeto o no a la doble garantía de la intermediación y de la contradicción como punto de partida para la revisión de los hechos declarados probados en las sentencias de primera instancia. No obstante, ya hemos apuntado que la trayectoria del TC no ha sido todo lo clara y precisa que cabía esperar sobre este extremo, pero al menos desde las sentencias dictadas en 2012 y ya de forma más patente en la sentencia 88/2013 se hace evidente que la discusión también debe llevarse al terreno relativo al derecho a la defensa y sus manifestaciones.

El TC conviene en que cuando en apelación una prueba es valorada sin el debido respeto a las exigencias de un proceso con todas las garantías (la intermediación y la contradicción) otra consecuencia lógica es el quebranto de la garantía de la presunción de inocencia, como puede verse en las principales sentencias sobre la materia (SsTC 167/2002; STC 68/2003). Pero ha acotado dicha reacción claramente al supuesto en que la condena haya

²³ Calderón Cuadrado, M.P., *La segunda instancia penal*, cit., 16-17. Arangüena Fanego, C., “Proceso penal y doble instancia”, revista Justicia, 1994, 33.

²⁴ Calderón Cuadrado, M.P., *La segunda instancia penal*, op. cit., pág. 54, Lara López, A.M., *El recurso de apelación...*, cit., 224.

recaído principalmente sobre la base de las pruebas revisadas sin la debida intermediación y contradicción (STC 88/2013)²⁵.

En todo caso, si hay vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, el TC ha acordado que se anulen las sentencias sin retroacción de actuaciones (por todas, SstC 88/2013 y 149/2019).

Lo que plantea el TC es que la presunción de inocencia no es respetada como consecuencia de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (lo dice, por ejemplo, del siguiente modo: “*Pues bien, en este caso, una vez argumentado que se ha producido una vulneración del derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), también debe concluirse que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)*”, STC 88/2013, fj. 13, negrita nuestra). En nuestra opinión, la implicación de estos derechos es inversa a la que formula el TC; es decir, es el derecho a proceso equitativo el que se resiente por no haber sido respetada la garantía de la presunción de inocencia.

Desde la perspectiva de la presunción de inocencia queremos hacer nuestras las palabras de Vegas Torres²⁶: si en primera instancia se dicta sentencia absolutoria, dicha “*primera instancia ya no es inútil: si el juzgador no está convencido de la culpabilidad del acusado, su ausencia de convicción vale definitivamente como patrón de certeza de los hechos a los efectos de su fijación en el proceso, en este caso, ciertamente con resultado negativo ya que los hechos no quedarán fijados*”. Es decir, inútil no puede ser esa sentencia porque ha confirmado nada menos que la presunción de inocencia de la persona juzgada; pero además, salvo errores fácilmente objetivables cometidos por el juzgador, no encontramos una justificación elemental para volver a someter una valoración de ese tipo, no ya ante el mismo juzgador, sino ante otro diferente, exigiendo una suerte de *doble confirmación de la presunción de inocencia* para que esta sea asumida por el Estado. Es razonable que el Estado sí se imponga el deber del doble convencimiento de la culpabilidad del acusado, pero nos resulta desproporcionado desplazar esa exigencia al ámbito de la presunción de inocencia.

Cuando el TC se pronunció por primera vez en un recurso de amparo en el que se denunciaba una posible vulneración de derecho a la presunción de inocencia (STC 31/1981, de 28 de julio) dejó claras dos cuestiones: que

²⁵ Suau Morey, J., *Inmediación y apelación en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010, 59.

²⁶ Vegas Torres, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, Wolters Kluwer, 1993, 197-198.

tiene atribuciones suficientes para determinar si dicha presunción ha quedado desvirtuada; pero que no puede hacerlo invadiendo el ámbito de libre apreciación de la prueba del tribunal de instancia; ni, dadas las características del recurso de amparo, examinar los hechos objeto del proceso. Al tribunal de instancia le corresponde “*valorar su () significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo*”.

VI. ¿CABRÍA SUPRIMIR LA APELACIÓN DE LAS ABSOLUCIONES?

Desde la aprobación de la Ley 41/2015 buena parte del debate y la crítica ha girado en torno a la verdadera naturaleza del recurso de apelación implantado por el legislador español y sus posibilidades, en particular sobre las limitadas facultades de revisión de los hechos fijados en las sentencias de primera instancia²⁷. En dicho contexto y tomando en consideración la práctica judicial en torno a las absoluciones penales que son recurridas, sobre la que se hará algún apunte adicional más adelante, se exponen las siguientes consideraciones en orden a plantear una posible implantación, aun limitada, de la irrecurribilidad de las sentencias absolutorias.

1. BALANCE DE LOS DERECHOS EN JUEGO

Es evidente que tras la reforma de la Ley 41/2015 los tribunales *ad quem* ya no condenan a quien ha sido absuelto en primera instancia, ni empeoran la situación del condenado a partir de una nueva valoración de pruebas o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, lo que no solo contravendría el nuevo redactado del art. 792.2 LECrim sino la jurisprudencia del TC a este respecto (resumida en la citada STC 125/2017) y los cuantiosos pronunciamientos del TEDH sobre la materia. Lógicamente esta es la lectura positiva de dicha reforma desde la perspectiva del acusado; pero no debe perderse de vista que también puede formularse una lectura negativa desde la óptica de las víctimas de los delitos²⁸. Resultaba evidente que antes de la reforma de 2015, con el cambio jurisprudencial introducido por el TC, nos encontrábamos de facto ante

²⁷ Así por ejemplo en Armenta Deu, T., “La reforma del recurso de apelación y la generalización de la segunda instancia”, en *Justicia*, n. 1, 2016, 85 y ss.

²⁸ En este sentido y desde la preocupación por la violencia de género Jordán Díaz-Roncero, M.J., en “La inconstitucionalidad de la regulación del recurso de apelación contra las sentencias absolutorias en materia de violencia de género”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 127, 2019, 98, expresa lo siguiente: “lo cierto es que dicha reforma afecta negativamente a cualquier víctima del delito, cebán-

una situación de firmeza de las sentencias absolutorias dictadas en primera instancia²⁹, lo que para las víctimas de los delitos tenía un primer impacto netamente patrimonial, pues afectaba de forma especialmente delicada respecto de la hipotética responsabilidad civil derivada del hecho de apariencia criminal y lo dispuesto en el art. 116 LECRIM sobre la extinción de la acción civil en caso de sentencia absolutoria³⁰. Podría decirse que también afectaba a su derecho al recurso desde una perspectiva del principio de igualdad, pues el TC ha venido a reconocer que bajo las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la prohibición de indefensión y el principio de igualdad procesal es posible justificar que todas las partes procesales tengan iguales facultades de recurrir un fallo (STC 27/1985, de 26 de febrero). Pero no se pierda de vista cuál es fundamento del estándar internacional sobre el derecho a recurrir las sentencias penales.

El nuevo régimen de la apelación sale al paso de esa situación descrita, pero ello no priva de sentido, sino todo lo contrario, al debate sobre si debiera darse un paso determinante en el sentido de limitar el recurso de apelación penal a las sentencias de condena.

Algunos autores descartan como opción legislativa que las sentencias de primera instancia absolutorias se declaren irrecurribles, y por lo tanto, firmes, pues según su entender hermeneuticamente está descartado a la luz de la doctrina del TC (SsTC 285/2005, de 7 de noviembre y 201/2012, de 12 de noviembre)³¹. En nuestra opinión no debiera descartarse que tal opción sí pudiera adoptarse expresamente por el legislador, pues en modo alguno debiera considerarse contraria al art. 24 CE y su interpretación según lo dispuesto en los tratados internacionales³².

Es cierto que sobre el alcance subjetivo que han de tener las previsiones internacionales sobre el derecho al recurso penal en nuestro ordenamiento jurídico no existe consenso doctrinal, y ello es comprensible si se tienen en

dose con las víctimas de violencia de género en la limitación impuesta por dicha norma para recurrir en apelación las sentencias absolutorias” y la tacha de inconstitucional por ser discriminatoria.

²⁹ Richard González, M., “Análisis crítico de la jurisprudencia...”, cit., 8. No de forma tan explícita pero en igual sentido Goyena Huerta, J., “¿Son apelables las sentencias absolutorias?”, cit., 7.

³⁰ Gimeno Sendra, V., “La intermediación en la 2.ª instancia y las sentencias arbitrarias de la primera”, Diario La Ley, de 5 de febrero de 2008, n. 6876, 2.

³¹ Marchena Gómez, M. y Cuéllar-González Serrano, N., *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015, 536.

³² En materia de violencia de género sí es posible constatar algunos elementos específicos que incluso podrían justificar un tratamiento singular de esta cuestión con respecto a la regulación vigente. Véase Jordán Díaz-Roncero, M.J., “La inconstitucionalidad de la regulación...”, cit., 98.

cuenta las peculiaridades que (todavía) presenta nuestro sistema de justicia penal en orden a los sujetos acusadores³³.

Algunos autores, como Garberí Llobregat, han considerado que, desde la perspectiva del acusado en el proceso penal, el derecho al recurso contemplado en el Derecho internacional no debe interpretarse de forma restrictiva al condenado, sino que también podría alcanzar al acusado absuelto cuando no lo es expresamente por un pronunciamiento que excluya su participación en los hechos³⁴. Esto estaría en sintonía con algunos pronunciamientos del TC que han venido a reconocer que el acusado absuelto también tenga derecho a recurrir (SsTC 157/2003, de 15 de septiembre, 41/1998, de 24 de febrero; 79/1987, de 27 de mayo). Por lo tanto, siguiendo el criterio de Garberí Llobregat, el sujeto absuelto no podría pretender un derecho al recurso cuando se declaren que los hechos no se integran en un tipo penal. En cambio, otros autores consideran que el compromiso adquirido por España a través de los tratados internacionales no alcanza ni a los fallos absolutorios ni a los relativos a la responsabilidad civil de la sentencia penal³⁵.

Cabe llamar la atención que el art. 2.2 del Protocolo 7 al CEDH³⁶ entre las excepciones que recoge a la exigencia de que un tribunal superior revise la declaración de culpabilidad o condena por una infracción penal establece, entre otras, la siguiente: que “... *haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución*”. Es decir, que ni siquiera los Estados están obligados a contemplar un remedio contra la condena que recae por primera vez en vía de recurso contra un primer pronunciamiento absolutorio, lo que plantearía el curioso debate sobre si no se tiene derecho a recurrir el segundo fallo condenatorio, pero sí debiera tenerse derecho a recurrir el primer fallo absolutorio.

La posibilidad de repetición del proceso está contemplada en el inciso final del segundo apartado del art. 792.2 LECrim en estos términos: “*La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio*

³³ Esta cuestión también es analizada ampliamente por Lara López, A.M., *El recurso de apelación...*, cit., 191-195. Para este autor la igualdad procesal de las partes podría justificar que los acusadores distintos al ministerio fiscal también tuvieran derecho al recurso; pero en modo alguno ese podría ser el fundamento para que también reconozca ese derecho al ministerio público, quien, en opinión de dicho autor, ya goza de muchas otras situaciones de privilegio.

³⁴ Garberí Llobregat, J., “La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 331, 1998, 6, entiende que la expresión “fallo condenatorio” que recoge el art. 14.1 PIDCYP debiera comprender todo pronunciamiento que no declare expresamente la falta de participación del acusado en los hechos.

³⁵ Calderón Cuadrado, M.P., *La segunda instancia penal*, cit., 162, si bien matiza su opinión alineándose con la opinión de Garberí sobre las causas de la absolución.

³⁶ Finalmente ratificado por España el 19 de octubre de 2009.

oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa”. Con tal previsión el “riesgo” queda acotado, pero lo cierto es que la práctica judicial sí está generando algunas dinámicas en ese sentido como ponen de manifiesto algunos operadores jurídicos directamente implicados en ellas³⁷ y no está teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ya antes de la reforma de 2015 reservaba la repetición de un juicio solo cuando las irregularidades se han cometido durante la celebración del juicio oral, pues en otro caso “no se justifica someter al acusado a dos juicios con posibilidad de que la acusación pueda subsanar en el segundo deficiencias producidas en la práctica de la prueba del primero, como ya decíamos en la S.T.S. 108/10” (STS 178/2011, de 23 de febrero, fj. 4).

La posibilidad o no de recurrir en apelación las sentencias de primera instancia absolutorias entronca sin ninguna duda en el derecho a la tutela judicial efectiva, pero no debiera ser un aspecto del mismo que conformara aquello que puede denominarse el núcleo duro de ese derecho constitucional. Si bien los tribunales españoles han protegido a quien promueve una acción penal también han acotado sus posibilidades.

En términos generales el derecho de los actores en el proceso penal se colma con el denominado *ius ut procedatur*, lo que comporta también, y en todo caso, el derecho a una resolución motivada. Ahora bien con respecto a la exigencia de esa motivación y la declaración de hechos probados que tiene el acusador en el proceso penal, el Tribunal Supremo lo ha circunscrito en diversos pronunciamientos al “derecho a saber del tratamiento dado por el tribunal al material probatorio y del porqué del mismo. . . . De ahí que hayamos expresado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el caso de la *quaestio facti* se concreta en el derecho a saber del tratamiento dado por el tribunal al material probatorio y del porqué del mismo” (SsTS 796/2014, de 26 de noviembre; 141/2015 de 3 de marzo; 189/2015 de 7 de abril).

³⁷ Es el caso del testimonio que en este sentido ofrece, a través del siguiente artículo, el magistrado Iriarte Angel, F.B., “Una breve reflexión práctica sobre la segunda instancia penal: ¿funciona la revisión de la valoración de los hechos en las sentencias absolutorias?”, cit., 4: “Entre los que no vamos a incluir, por exceder con mucho del alcance de esta nota, la eventual contravención del principio de doble incriminación —*double jeopardy* (sic), acudiendo al original término anglosajón— desde una perspectiva procesal por el hecho de que se juzgue dos —o más— veces a una persona por los mismos hechos. Sí plantea la que es una cuestión interesante: ¿se puede juzgar a una persona varias veces por los mismos hechos? ¿Cuántas? ¿Dos, tres, las necesarias para que la sentencia sea condenatoria? ¿Hasta que llegue un Jurado que capte el mensaje? ¿Por un mal funcionamiento de la propia Justicia? Porque, recordemos, estamos partiendo de supuestos en los que se anula una absolución por absoluta falta de racionalidad en opinión del Tribunal revisor. Como digo, una cuestión compleja”.

En esta línea, la jurisprudencia menor también ha rebajado las exigencias de motivación de ese tipo de pronunciamiento judicial, así por ejemplo, la SAP de Las Palmas 2/2018, de 10 enero, entiende que en el caso de las sentencias absolutorias se cumple con el derecho a la tutela judicial efectiva cuando su motivación sea “mínimamente razonable” y la SAP de Palma de Mallorca, secc. 1, 94/2020, de 24 de julio, siguiendo la jurisprudencia del TS afirma que “*las exigencias de motivación de las sentencias absolutorias... no son tan rígidas que tan respecto de una resolución de condena*”, lo que debiera tenerse como canon para su revisión en los términos del art. 792.2 LECrim.

Lo anterior está en concordancia con el criterio que el propio Tribunal Constitucional ha establecido para este tipo de sentencias, pues si es cierto que las sentencias absolutorias también han de estar motivadas, en tales casos el canon constitucional de motivación es menor (STC 169/2004, de 6 de octubre), si bien, salvo que se modifique su régimen, eso no significa que las sentencias absolutorias sean inatacables (STC 112/2015, de 8 de junio).

En nuestra opinión la respuesta a un hipotético dilema sobre la firmeza o no de las sentencias penales de primera instancia absolutorias no debe buscarse en los estándares normativos internacionales sino en una clara decisión de política legislativa. Y para ello, de una parte deben ponderarse los intereses de la víctima del delito, relativizables según el tipo de delito, y de otra, y a la par, los intereses personales del absuelto y la *responsabilidad* del propio Estado en el tratamiento de este tipo de situaciones. Será más que seguro que aquella respuesta no ha de ser categórica o maximalista, pero consideramos que la base o punto de partida para alcanzarla debe residir en la prohibición de lo que el sistema anglosajón denomina el *double jeopardy* o doble riesgo como criterio general³⁸.

2. EL RIESGO DE LA DENOMINADA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA INVERTIDA

El Tribunal Supremo ha establecido y reiterado que en la revisión de las sentencias absolutorias “*no se puede (sic) aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en los supuestos absolutorios los mismos parámetros que en los condenatorios*” (STS 39/2015, de 29 de mayo). En esta misma línea, algún autor ha traído a colación que de lo contrario “*sería invertir en contra del acusado la doctrina creada para la protección del derecho a la*

³⁸ En EEUU la prohibición de doble incriminación o *double jeopardy* (el doble riesgo) está recogida en la 5ª enmienda de su Constitución, y con un claro fundamento político, implica que el Estado no tiene el derecho a someter a un ciudadano al peso de un segundo proceso para conseguir romper la presunción de inocencia.

*presunción de inocencia*³⁹. Esa es la base de lo que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido en denominar, para su rechazo, como regla o criterio de presunción de inocencia invertida.

Para el Tribunal Supremo estaríamos ante dicha regla o criterio de presunción de inocencia invertida en caso de priorizar el derecho a la tutela judicial efectiva de las acusaciones, máxime si se identificara la falta de racionalidad de una sentencia *“con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés”* (SsTS 446/2013, de 17 de mayo; 631/2014, de 29 de septiembre y 206/2016, de 6 de junio). Pero, además, de las dos últimas sentencias mencionadas, es necesario retener lo siguiente:

“[No] se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable.

La fuerza del principio constitucional de presunción de inocencia, que debe ser contrarrestada por la prueba de cargo y por la motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del “ius puniendi”, para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos excepcionales, y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia”.

En la confrontación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia el Tribunal Supremo ha establecido la prevalencia constitucional de la garantía del art. 24.2 CE, pues *“... debemos tener presente la diferencia entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia. Con independencia de que este último alcanza solo a los supuestos de sentencia condenatoria y el primero puede ser alegado por todas las partes procesales, el derecho a la tutela judicial efectiva se extiende solamente a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos en que se funda la absolución o la condena, pero no la existencia o inexistencia de tales motivos, por lo que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de motivo para condenar supone la absolución del acusado mientras que cuando se*

³⁹ Marchena Gómez, M. y Cuéllar-González Serrano, N., *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, cit., 538.

vulnera la tutela judicial efectiva lo que corresponde es dictar una nueva resolución ajustada a cánones racionales y no arbitrarios” (STS 178/2011, de 23 de febrero, fj. 2). Esta idea ha sido confirmada en posteriores pronunciamientos en los que claramente se supedita el derecho a la tutela judicial efectiva (en su modalidad de derecho al recurso) de los acusadores frente a la presunción de inocencia del acusado, pues aquel no puede basarse en el puro cuestionamiento de la valoración de la prueba por el tribunal sentenciador y que solo debe tener respaldo constitucional cuando se trate “de aquellos supuestos, absolutamente diferentes, en los que la impugnación se refiere ya a la exclusión voluntarista y expresa de parte del contenido fáctico de cargo, que se decide no enjuiciar; ya a la preterición de una parte sustancial del acervo probatorio, sea por mera omisión inexplicada o por error de derecho al apartar indebidamente una prueba de cargo válida de la valoración; ya a la motivación integrada por una mera aseveración apodíctica, entre otras concreciones” (STS 141/2015, de 3 de marzo).

Por lo tanto es de primordial importancia que no se identifique la irracionalidad de la motivación de una sentencia con la mera circunstancia de que de los elementos valorados se pueda alcanzar una conclusión distinta; en tales circunstancias se podrá convenir con uno u otro resultado, pero ello no comporta la inexistencia de un proceso lógico interno, y exteriorizado, en cualquier de los dos resultados potenciales. Por lo tanto, los medios de impugnación procesal no pueden constituirse en un instrumento tendente a sustituir unas inferencias razonables por otras. Así lo ha dicho el TS: “*el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal revisor. No se trata de sustituir una inferencia razonable por otra que también pueda serlo, sino de comprobar si el razonamiento del Tribunal sentenciador, que ha presenciado directamente toda la prueba, resiste el contraste con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos*” (STS 196/2019 de 9 abril).

3. EL COMPROMETIDO PAPEL DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN

Siendo importante lo anterior desde el punto de vista del ciudadano (acusador y acusado), no menos relevante es cómo afecta la revisión de las sentencias absolutorias a la propia posición procesal del tribunal *ad quem*.

El art. 790.2-II LECrim acota los términos por los que se puede solicitar la anulación de una sentencia por error en la valoración de la prueba y en correspondencia fija las facultades revisoras del tribunal *ad quem*. Salvo

el motivo de la posible declaración improcedente de nulidad de pruebas, que constituye un claro supuesto de análisis técnico-jurídico, que puede realizar cualquier tribunal superior sin necesidad de haber presenciado su práctica⁴⁰, el resto de supuestos comportan que el tribunal de apelación, sin ocupar el mismo lugar que el juez *a quo* respecto de las pruebas, proceda a su valoración, si bien no de la fuente de prueba en sí misma, sí de la apreación que de ella ha hecho el juez sentenciador. Este motivo comporta el reconocimiento de unas facultades de los tribunales *ad quem* que cabe determinar si a su vez pueden estar encubriendo lo que desde el TEDH y el TC se ha tratado de impedir. En nuestra opinión así puede ser si, como se afirma en la SAP de Valencia, secc. 5, 283/2020, de 31 de julio, se pretende, por ejemplo, “una nueva ponderación de la credibilidad del acusado y de los testigos, incluso de periciales y no es posible una segunda valoración con base en declaraciones que no han sido presenciadas por el Tribunal que conoce la apelación” (fj. 1).

No lo ha entendido así el legislador con la reforma operada por la Ley 41/2015, pues es evidente que no se ha descartado, con base en la jurisprudencia del TEDH, la posibilidad de recurrir la sentencia por error en la valoración de la prueba. Ello, por otra parte, coincide con el criterio de cierto sector doctrinal. Por ejemplo Gimeno Sendra admite que a través de las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica o los conocimientos científicos cabe una fiscalización de ciertos aspectos relativos a la “estructura racional” de la valoración de la prueba efectada por el primer juez, pues dicho control no debe afectar a aquello que es de la “estricta percepción sensorial del juzgador a quo”⁴¹. El problema reside a continuación en poder apuntar con la debida precisión cuáles serán esos aspectos exentos de la exigencia de la inmediación. Dando un paso más Lara López nos dice que “la racionalidad del relato”, su coherencia o contradicción interna, puede ser controlada por quien no ha presenciado directamente la prueba, de modo que cabe romper la exigencia de inmediación para ello⁴². De ese modo, según este autor, la falta de la credibilidad del testimonio exculpatario de un testigo otorgado por el juez *a quo* puede ponerse en entredicho por el tribunal *ad quem*

⁴⁰ Tal es la situación jurídica resuelta por la STS 55/2020, de 18 de febrero, en la que se anula la sentencia de primera instancia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid absuviendo a los acusados al declarar nulos, a su vez, los autos del juez de instrucción que ordena unas intervenciones telefónicas y la entrada y registro de sus domicilios.

⁴¹ Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Civitas, 2012, 818.

⁴² Lara López, A.M., *El recurso de apelación...*, cit., 231.

en atención —aunque no lo diga así este autor— al propio relato que ofrece el juez *a quo*.

Si es así, el debate debe circunscribirse al ámbito de la epistemología de los hechos y el razonamiento que debe sustentarla. Ello podría llevarnos a un debate más general sobre la verdad material o la *mera* verosimilitud de los hechos como teleología del proceso penal, y a su vez a la capacidad y/o limitaciones de las diversas ciencias humanas para alcanzar esos postulados de veracidad o verosimilitud y la disyuntiva que plantean: ¿lo verdadero solo tiene una forma de manifestarse y lo verosímil admite diversas versiones? ¿Aunque no pueda fijarse la verdad sobre un testimonio será posible concluir que tan verosímil es que mienta como lo contrario? La ya citada la SAP de Valencia, secc. 5, 283/2020, de 31 de julio, nos sirve de recordatorio de que la nulidad de una sentencia no “*puede ser el resultado de una impugnación que pretendiera simplemente sustituir la valoración del juez por otra valoración posible, aunque también fuera razonable, sino la constatación de una manifiesta arbitrariedad*” (fj. 1). Y abunda en ese argumento la SAP de Cáceres, secc. 2, 150/2020, de 28 de julio, al rechazar el recurso por considerar que “*lo que en puridad se pretende es que la Sala efectúe una nueva valoración de las pruebas y modifique las conclusiones absolutorias de la instancia y por ende, la narración de los hechos probados, lo que cómo indicábamos, le está vedado... no pudiendo equivocarse una insuficiente racionalización con una disconformidad de la parte con la valoración que la Juzgadora ha efectuado*” (fj. 2).

Si se toma como referencia el apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia, estas dictaminarían que, por ejemplo en el caso abordado en la sentencia estimatoria de la apelación de la AP de Valencia, secc. 2, 319/2019, de 20 de marzo, quien reconoce no tener ingresos económicos no podrá justificar cierto estatus personal y social; pero, qué ocurre cuando otra persona alega y acredita sufragar sus gastos de vivienda y escolarización de hijos, ¿acaso existe otra regla de la experiencia que, *en cuanto tal*, nos ha de hacer pensar que existe una connivencia entre ambos sujetos para engañar al tribunal? ¿Podría por lo tanto el tribunal *ad quem* considerar ilógico el razonamiento del juez *a quo* que sí ha creído en el testimonio de esas dos personas —posiblemente apoyado en otras referencias probatorias—? La jurisprudencia centra en las “conclusiones absurdas y contradictorias” el apartamiento de las máximas de experiencia (SAP de Cáceres, secc.2, 150/2020, de 28 de julio), ¿no se trata de

algo singularmente subjetivo para fiarlo a la consideración *indirecta* de un segundo tribunal⁴³?

No es objeto de este trabajo abordar cómo deben operar las reglas de lógica y de la razón y las cadenas inferenciales en la argumentación jurídica de los tribunales y cuál debe ser el alcance de su control por tribunales de orden superior, pero nos parece que no es muy forzado concluir que de ese modo los tribunales *ad quem* lo que terminan haciendo es una *valoración de la valoración de la prueba* del tribunal inferior.

La STS 196/2019 de 9 abril, dictada a partir de la pretensión de que se anulara el veredicto condenatorio alcanzado por un tribunal del jurado, aporta la siguiente reflexión pertinente a estos efectos:

“No quiere decirse con todo ello que no sea posible rectificar la valoración de la prueba efectuada en la instancia cuando se trate de una sentencia condenatoria para acordar la absolución sobre la base de la presunción de inocencia. Dejando a un lado los casos de prueba ilícita y de inexistencia absoluta de pruebas de cargo, tal cosa puede suceder no solo cuando el razonamiento sobre la prueba presente fallos lógicos que conduzcan a un insuperable vacío argumental en la justificación probatoria de la condena, haciendo irracional el proceso valorativo y su conclusión, sino incluso en relación con el reconocimiento de credibilidad a los testigos en determinados casos. Pero para ello, en este último supuesto, no basta la mera apreciación del tribunal de apelación para imponerse a la correlativa apreciación del de instancia, sino que es necesario disponer de datos o elementos objetivos que, más allá de aquellas apreciaciones, determinen el error cometido al reconocer aquella credibilidad, por la incompatibilidad de aquellos datos o elementos con lo afirmado por el testigo. Es decir, en definitiva, que resulte la irracionalidad del proceso de valoración (...) el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal revisor. No se trata de sustituir una inferencia razonable por otra que también pueda serlo, sino de comprobar si el razonamiento del Tribunal sentenciador, que ha presenciado directamente toda la prueba, resiste el contraste con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos”.

Conforme al actual régimen de la apelación penal contra los fallos absolutorios podrá decirse que tal circunstancia no es contraria de por sí a las exigencias del TEDH, pues el tribunal *ad quem* no es quien condena sin la preceptiva audiencia al acusado, pero sí puede provocar una violación de dicha garantía cuando el tribunal *ad quem*, más allá de la consideración jurídica de los hechos, dicta un fallo predeterminando la decisión del tribunal inferior respecto de la apreciación y fijación de los hechos.

⁴³ La verificación o valoración de los hechos es para Ferrajoli uno de los tres espacios fisiológicos o insuprimibles de discrecionalidad, y solo la existencia de un “falso hallazgo inculpatario o exculpatario” debiera permitir su revisión. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo*, Madrid, Trotta, 2018, 117.

VII. ¿SE AJUSTAN LOS TRIBUNALES DE APELACIÓN AL MANDATO LEGAL EN LA ANULACIÓN DE LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS?

Establece el art. 792.2 LECrim que el tribunal de apelación, con base en el error en la apreciación de pruebas por el tribunal de instancia, “*no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria*”. El segundo apartado de ese mismo artículo acota sus facultades a que “*la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida*”. Queda claro según dicho precepto legal que los tribunales *ad quem* no pueden empeorar *per se* la situación del absuelto en primera instancia. ¿Pero pueden establecer expresamente las pautas sobre las que ha de dictar nueva sentencia el tribunal *a quo*? Parecería a simple vista una actuación contraria al actual régimen de la apelación penal y la jurisprudencia que lo inspira, pero aún así cabría, por ejemplo, la posibilidad de que el tribunal *ad quem* impusiera al tribunal *ad quo* la toma en consideración de una prueba que el segundo ha rechazado por consideraciones formales, lo que estrictamente no sería un problema de valoración de la prueba⁴⁴.

El problema reside, en cambio, cuando la apreciación de los hechos y la argumentación de la audiencia provincial en orden a anular la sentencia absolutoria *indirectamente* conducen a que *necesariamente* (salvo riesgo de un segundo recurso) el juez *a quo* tenga que modificar su apreciación de los hechos en la nueva sentencia que dicte.

En tal caso se estaría actuando en contra de lo que el Tribunal Supremo siempre ha sostenido, ya antes de la reforma del año 2015, en el sentido de que la finalidad de la revisión de la racionalidad de la motivación de las sentencias absolutorias, como tantas veces se ha dicho, “*no es ni el imponer al tribunal de la instancia una convicción que no obtuvo, ni sustituir la suya por otra fundada en pruebas que el tribunal de casación no presenció*” (STS 178/2011, de 23 de febrero), lo que también ha de ser aplicable en los recursos de apelación.

Ahora bien, desde una perspectiva de pura técnica procesal, y al margen de consideraciones subjetivas sobre si la motivación de la sentencia que anula otra sentencia previa de absolución, en algunas sentencias de las audiencias

⁴⁴ Así sucedió específicamente en el caso analizado por la ya citada en el texto STS 178/2011, de 23 febrero, en cuando que la anuló la sentencia absolutoria al apreciar el TS injustificadas las reservas que había formulado el tribunal de instancia respecto de la cadena de custodia de la droga incautada en la causa.

provinciales en el apartado relativo a los hechos probados explícitamente se afirma, como paso previo a la fundamentación jurídica que conducirá a la anulación de la sentencia de instancia, en estos o parecidos términos, que “*no se aceptan los hechos declarados probados en la sentencia apelada, por lo que se dirá*” o simplemente “*no se aceptan los de la resolución recurrida*”, de modo que se denota una toma de postura sobre los hechos —no sobre la suficiencia o la racionalidad que ha llevado a su fijación— por el tribunal que no ha presenciado la práctica de la prueba. En cambio, otros tribunales con una técnica procesal más depurada utilizan esta otra fórmula: “*NI SE ACEPTAN NI SE RECHAZAN los hechos probados de la sentencia apelada, que han quedado anteriormente transcritos, por los motivos que se exponen a continuación*” (SAP de Valencia, secc. 2ª, 748/2018, de 27 diciembre).

En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 42/2018, de 30 abril, que anula una sentencia absolutoria por la total falta de referencias en la misma a la prueba pericial practicada en el proceso⁴⁵. Dicha sentencia respecto de los hechos probados utiliza la fórmula de que “*Quedan sin efecto los declarados en la instancia, debiendo estarse a los que resulten del dictado de nueva sentencia a consecuencia de la nulidad que se acuerda en la presente*”, y que además en su propia fundamentación acota el alcance de la nulidad y estableciendo que la nueva sentencia se dicte “*con plena libertad de criterio, [tras una] una nueva valoración probatoria, incluyendo a la prueba pericial omitida*”.

Pero, ¿cuál es margen de actuación del juez *a quo* cuando se anula su sentencia absolutoria si la única prueba es la declaración de la víctima y el tribunal *ad quem* entiende que no ha sido correctamente valorada? Es evidente que no cabe una única respuesta a esa pregunta, y también que cualquiera que sea la respuesta que se dé, las consecuencias y derivas procesales también serán difentes: si modifica su impresión al respecto, y condena, se podrá decir que es una condena “impuesta desde arriba”; si reitera su decisión, incluso con más abundancia de explicaciones, es muy probable que de nuevo la sentencia sea recurrida. Cualquiera de las dos salidas apuntadas resulta insatisfactoria para el tratamiento de estas cuestiones, pero pueden encontrarse peores respuestas, como la que acaba imponiendo la SAP de Avila, secc. 1, 43/2020, de 23 de julio, en la que se puede observar con qué facilidad ordena repetir el juicio y ante un juez diferente:

⁴⁵ Esta sí suele ser una causa cuasi objetivable de nulidad de las sentencias absolutorias. En ese sentido puede verse también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 27/2018, de 4 de julio.

“El Juzgador de Instancia después de exponer en el fundamento de derecho primero (párrafo segundo) que el contenido de la declaración de la recurrente es coherente, cohesionado y coincidente con la declaración depuesta ante el Órgano Judicial Instructor, y que posee un gran género de detalles pasa, sin solución de continuidad, a señalar que no hay otra prueba directa, indiciaria o circunstancial que refuerce la versión de la testigo, teniendo ello como consecuencia de todo “la palabra de una persona contra otra persona”⁴⁶.

En base a tal afirmación y sin ningún otro género de crítica en la valoración de la prueba testifical depuesta por la denunciante, única prueba practicada en el plenario ante la ausencia del acusado, a pesar de estar citado en legal forma, el Juzgador de Instancia concluye que no existe prueba de cargo suficiente para destruir el principio de presunción de inocencia y, en consecuencia, procede a dictar sentencia absolutoria.

En el caso que nos ocupa, a la luz de lo anterior, la sentencia no cumple con los cánones mínimos exigibles de motivación. La falta de análisis de las declaraciones de la víctima; la nula crítica respecto a la coherencia, lógica y razonabilidad de las manifestaciones de la recurrente; la no apreciación de la existencia o ausencia de motivos racionales para sostener una acusación falsa contra el denunciado por parte de la denunciante; y el inexistente análisis sobre la persistencia de la versión de la denunciante a lo largo del procedimiento, impiden a este Tribunal valorar la racionalidad de la motivación en cuanto a la valoración de la prueba personal y la compatibilidad de las conclusiones alcanzadas en la sentencia con las máximas de experiencia.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación, declarando nula la sentencia objeto del mismo, por quebrantamiento de garantías procesales (Art. 790.2 Lcrim) (...) Debe resolverse, con arreglo al Art. 792.2 in fine, si también ha de declararse nulo el Juicio Oral, estimando este Tribunal que en el caso que nos ocupa debe ser así, pues la sentencia no lleva a cabo una auténtica valoración de la prueba practicada en el plenario, pero opta por estimar no probados los hechos enjuiciados, siendo conveniente, que otro magistrado, que no haya tenido contacto con la prueba de este juicio, celebre un nuevo juicio y valore la prueba de forma libre y motivando la decisión que alcance”.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si bien en consonancia con la estructura propia del proceso penal las sentencias absolutorias de primera instancia son un pequeño porcentaje del total de las dictadas⁴⁷, los recursos de apelación contra las mismas no están exentos de dificultad, planteando a los tribunales *ad quem* el complejo equi-

⁴⁶ Este mismo tipo situación es resulta de manera muy diferente en la citada SAP de Palma de Mallorca, secc. 1, 94/2020, de 24 de julio, “que en un cuadro probatorio integrado por las contradictorias versiones de ambas partes, la lectura de la sentencia permite comprender que el fundamento de la absolución no es otro que la imposibilidad de alzaprimar una versión sobre la otra, dado que el acusado niega las conductas que se le atribuyen, sin perjuicio de que exista una situación de ruptura de pareja con la problemática y conflictos inherentes a dicha situación; y, en este contexto, la versión de la denunciante carece de elementos de corroboración suficientes para ser tenida como prueba en contra del mismo”.

⁴⁷ Juan Sánchez, R., “Generalización de la segunda instancia penal y dotación de tribunales: una prospectiva cuantitativa y valoración al respecto de las reformas del Código Penal y la LECrim”, en Diario La Ley, n. 8711, de 26 de febrero de 2016.

librio de analizar su fundamento y preservar, en su caso, las plenas facultades del juez *a quo* que es conminado a dictar una nueva sentencia, lo que, como se ha visto, no está garantizado en absoluto desde parámetros de la lógica argumentativa. Por lo tanto, con el actual régimen de la apelación todavía se corre el riesgo de que en caso de anular una de esas sentencias no se estén respetando las garantías propias de un proceso justo, pues puede que se haya pasado de un modelo de agravamiento directo de la situación del absuelto a otro de *agravamiento diferido o conducido*.

Además el modelo actual puede ser cuestionado desde la perspectiva de la independencia judicial y derecho al juez legal predeterminado por la ley. Si bien formalmente lo dispuesto en la LECrim no atenta de manera directa a lo dispuesto en el art. 12.2 LOPJ, en la práctica se puede estar facilitando que tribunales superiores condicionen la convicción de sus inferiores respecto del material probatorio analizado en el proceso. A ello cabe añadir la posibilidad de que en la sentencia de nulidad se razone sobre si el tribunal de instancia mantiene plenas sus condiciones de imparcialidad o no como base para permitirle un nuevo enjuicamiento, que es tanto como determinar el grado de *contaminación* en que ha caído ese tribunal por la apreciación directa de las pruebas.

Por eso, y al margen de consideraciones sobre el impacto de las nuevas tecnologías audiovisuales en el principio de inmediación y el acceso por el tribunal de apelación al material así generado, consideramos que el debate, si queda descartada la implantación de una apelación plena, debe discurrir en torno a la conveniencia o no de instaurar la inatacabilidad de las sentencias absolutorias, fijando en su caso los supuestos, condiciones y límites para ello, con especial atención en aquellos casos, bastante frecuentes en la práctica, en los que la absolución descansa al considerarse insuficiente, por toda prueba de los hechos, la declaración de la víctima.

IX. ANEXO BIBLIOGRÁFICO

Alcacer Guirao, R., 2012, “Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación”, *InDret* 1/2012, 3 a 5.

Álvarez Rodríguez, I., 2019, “La inmediación a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El caso de España”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 19/2019, 28-48.

Álvarez Rodríguez, I., 2019, “Las condenas al Reino de España por vulnerar la garantía de inmediación en la segunda instancia penal”, en *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal*

- Europeo de Derechos Humanos* (dirs. Matia Portilla y Delgado del Rincón), Valencia, Tirant lo Blanch, 171-191.
- Arangüena Fanego, C., 1994, “Proceso penal y doble instancia”, revista Justicia, 25-66.
- Armenta Deu, T., 2016, “La reforma del recurso de apelación y la generalización de la segunda instancia”, en Justicia, n. 1, 43-95.
- Calderón Cuadrado, M.P., 2005, *La segunda instancia penal*, Pamplona, Aranzadi.
- Díaz Martínez, M., 2013, “Límites a las facultades revisoras de las sentencias absolutorias en apelación y casación principio de inmediación y derecho de defensa”, Revista de derecho penal y criminología, n. 9, 111-142.
- Ferrajoli, L., 2018, *Derecho y razón. Teoría del garantismo*, Madrid, Trotta, 2018.
- Ferrer Beltrán, J., 2017, “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Immediación e inferencias probatorias”, en Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, n. 33, 107-126.
- Garberí Llobregat, J., 2004, “Apuntes para la urgente reforma de la segunda instancia penal”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, n. 647, 1-8 —versión electrónica—.
- Garberí Llobregat, J., 1998, “La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución”, Actualidad Jurídica Aranzadi, n. 331, 1-11 —versión electrónica—.
- Gimeno Sendra, V., 2008, “La inmediación en la 2.^a instancia y las sentencias arbitrarias de la primera”, Diario La Ley, de 5 de febrero de 2008, n. 6876.
- Gimeno Sendra, V., 2012, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Civitas.
- Goyena Huerta, J., 2014, “¿Son apelables las sentencias absolutorias?”, Revista Aranzadi Doctrinal, n. 5, 167-175.
- Iriarte Angel, F.B., 2020, “Una breve reflexión práctica sobre la segunda instancia penal: ¿funciona la revisión de la valoración de los hechos en las sentencias absolutorias?”, en el Diario La Ley, de 16 de septiembre de 2020, n. 9697.
- Jordán Díaz-Roncero, M.J., 2019, “La inconstitucionalidad de la regulación del recurso de apelación contra las sentencias absolutorias en materia de violencia de género”, en Cuadernos de Política Criminal, n. 127, 98-114.
- Juan Sánchez, R., 2016, “Generalización de la segunda instancia penal y dotación de tribunales: una perspectiva cuantitativa y valoración al respecto de las reformas del Código Penal y la LECrim”, en Diario La Ley, n. 8711, de 26 de febrero de 2016.
- Lara López, A.M., 2014, *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, Pamplona, Aranzadi.
- Marchena Gómez, M. Y Cuéllar-González Serrano, N., 2015, *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas.
- Ortego Pérez, F., 2020, “La inmediación en el proceso penal”, en Justicia: revista de derecho procesal, n. 1, 272-278.
- Pérez Sola, N., 2018, “El contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, Teoría y realidad constitucional, n. 42, 373-375.

- Richard González, M., 2013, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la revisión de los hechos probados en la segunda instancia del proceso penal”, *Diario La Ley*, de 1 de febrero de 2013, n. 8014, 1-12.
- Suau Morey, J., 2010, *Inmediación y apelación en el proceso penal*, Barcelona, J.M.Bosch.
- Vegas Torres, J., 1993, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, Wolters Kluwer.

EL REALISMO MÁGICO DEL NUEVO PROCESO CIVIL¹

THE MAGICAL REALISM OF THE NEW CIVIL PROCESS

Sonia CALAZA LÓPEZ

Catedrática de Derecho procesal (UNED)
scalaza@der.uned.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FE CIEGA EN LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA JUSTICIA. III. UNA NUEVA ARQUITECTURA PROCEDIMENTAL PARA EL JUICIO VERBAL. IV. APELACIÓN. V. COSTAS. VI. PROCEDIMIENTO TESTIGO Y EXTENSIÓN DE EFECTOS. VII. CASACIÓN CIVIL. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En este ensayo se afronta un eje de reforma de la Justicia civil, concretamente su “agilización”, en clave literaria, para destacar, desde el movimiento del “realismo mágico”, cuáles son los aspectos irreales o extraños de la reforma operada por el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, que, sin embargo, el Legislador procura mostrarnos como cotidianos o comunes. En este trabajo, expondremos, pues, las fortalezas y debilidades, en clave de “agilización”, de la reforma de la Justicia civil, propuesta por la referida norma — en actual fase de alegaciones—, distribuidas en cinco bloques: medios adecuados de solución de controversias, juicio verbal, apelación y costas, extensión de efectos y procedimiento testigo y, al término, casación.

Abstract: In essay it faces an axis of reform of the civil Justice, specifically its “streamlining”, in literary key, to emphasize, from the movement of the “magic realism”, what are the unreal or strange aspects of the reform operated by the Bill on Measures of Procedural Efficiency of the Public Service of Justice, which, however, the Legislator tries to show us as daily or common. In this work, we will expose, therefore, the strengths and weaknesses, in key of “streamlining”, of the reform of the civil justice, proposed by the aforementioned rule —currently at the stage of allegations—, distributed in five blocks: adequate means of dispute resolution, oral proceedings, appeals and costs, extension of effects and witness proceedings and, at the end, cassation.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+I Excelencia titulado “Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial”, del Ministerio de Economía y competitividad, con REF DER 2017-87114-P, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de julio de 2021.

Palabras clave: proceso civil, medios adecuados de solución de controversias, juicio verbal, extensión de efectos, casación.

Keywords: civil procedure, appropriate means of dispute settlement, oral proceedings, extension of effect, cassation.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia lo ha revolucionado todo, también nuestro asentado, consolidado e integrado sistema de Administración de Justicia. La Justicia penal precisaba, bien es cierto, casi 140 años después, una reforma urgente, que en todo caso habría de llegar, pero la Justicia civil, de relativa modernidad —“veinte años no es nada” dice el tango y menos en Derecho procesal, dónde algunas de nuestras leyes, como se sabe, son decimonónicas— venía discurrendo con cierta paz de espíritu, pese a sus 72 reformas parciales, cuando, de pronto, impactó la pandemia y nos sumió en un profundo apagón de la Justicia², seguida de una hibernación³, una catarsis⁴, un reseteo y ahora, una reinención: pareciese como si toda la Justicia civil precovid ya perteneciese a la antigüedad y hubiéramos de construir un proceso totalmente nuevo, resurgido de sus cenizas —el ave fénix procesal— en lugar de adaptarlo, por supuesto con la inserción de herramientas nuevas, a los tiempos que vienen.

Tres parecen ser los ejes principales de la inminente reforma de la Justicia civil: la desjudicialización, la agilización y la digitalización, que se han afrontado, en este incipiente momento, dónde se intuye, pero no se vislumbra, todavía, la litigiosidad que está por venir, muy probablemente relacionada con la vulnerabilidad que traiga tras de sí esta cruenta pandemia. A estos tres ejes, que ya presentíamos necesarios, añadíamos nosotros, en estudios relativamente recientes, otros tantos: la simplificación, la humanización y la universalización⁵. Algunas de las manifestaciones de estos últimos ejes podrían, ciertamente, invocarse en los anteriores, esto es, algunas ramificaciones legislativas participan de dos ejes a un tiempo: así, el procedimiento testigo y la extensión de efectos son herramientas procesa-

² *Vid.*, Calaza López, S., “La desescalada judicial tras la hibernación provocada por el coronavirus COVID-19”, *Legal Today*, Thomson Reuters Aranzadi, 29 de abril de 2020.

³ *Vid.*, Calaza López, S., “Plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma”, *Legal Today*, Thomson Reuters Aranzadi, 5 de mayo de 2020.

⁴ *Vid.*, Calaza López, S., “Reactivación y dinamización de la Justicia en tiempo de crisis post-pandemia”, *Diario La Ley* nº 9631, ISSN 0211-2744, Madrid, 13 de mayo de 2020, 29 págs.

⁵ *Vid.*, Calaza López, S., “Ejes esenciales de la Justicia post-COVID”, *Diario La Ley* nº9737, 17 de noviembre de 2020.

les que contribuyen a la universalización de la Justicia civil, pero también a su agilización o dinamización; la reducción de fases del juicio verbal o la posibilidad de emitir la sentencia *in voce*, tras un fugaz procedimiento, prioritariamente tecnológico, son medidas de agilización, pero también de digitalización; la edificación de una casación civil nueva, asentada en la única base del “interés casacional” y del “interés general” es una medida tanto de universalización, como de agilización; y, al fin, los nuevos procesos, en actual vía de construcción, dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad, operada por la inminente Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica constituye, claramente, una medida de agilización y, desde luego, de humanización de la Justicia. En consecuencia, y con independencia de la nomenclatura que se prefiera, lo cierto es que aquellos seis ejes —desjudicialización, agilización, digitalización, simplificación, humanización y universalización— son, claramente, los objetivos inmediatos de la reforma de nuestra moderna Justicia civil.

En este breve ensayo, trataremos de afrontar un recorrido sucinto por las manifestaciones más destacadas de uno de estos ejes, concretamente el de la agilización de la Justicia civil, dónde se entremezclan o interrelacionan manifestaciones de desjudicialización —pues la descarga contribuye a la agilización y dinamización—; de simplificación —pues la reducción de fases procedimentales e impulso de la oralidad también contribuye a la referida agilización y dinamización—; así como, al término, de universalización —en la medida en que la introducción de fórmulas de impartición global de la Justicia o de tratamiento casacional unificado, resulta obvio— también comportan una evidente agilización: así, trataremos, en primer lugar, la desjudicialización mediante la implementación forzosa —a modo de “requisito de procedibilidad”— de los denominados “medios adecuados de solución de controversias”; en segundo, la modificación del juicio verbal, tanto respecto de su ámbito objetivo, con la consabida ampliación de materias y cuantía, como de su nuevo diseño arquitectónico procedimental; en tercero, las novedades en materia de apelación y costas; en cuarto, la introducción del procedimiento testigo —y su correlativa extensión de efectos—; así como, finalmente, en quinto y último, la tan esperada reformulación de la casación civil.

Y abordaremos estas cinco manifestaciones de la agilización y dinamización de la Justicia civil —los “medios adecuados de solución de controversias”, la modificación del juicio verbal, la nueva apelación y costas, la importación del procedimiento testigo y extensión de efectos —desde la

Jurisdicción contencioso-administrativa— y, al término, la casación— en clave literaria.

Por mucho que se hable de la “literatura jurídica” —e incluso, por muy cierta que sea la idea de que cierto literato haya manifestado que debió su aprendizaje y destreza en este arte gracias a la lectura de algún eminente jurista, así nos lo hizo saber D. Miguel Delibes⁶, catedrático de Derecho mercantil respecto de su maestro, D. Joaquín Garrigues, también catedrático de esta última disciplina jurídica—; lo cierto es que ni el Derecho en general —ni el Derecho procesal, en particular— pertenecen al género de la literatura; ni mucho menos, dentro de ella, a la romántica, muy a pesar de los “golpes” de romanticismo que impregnan algunas partes de la actual reforma; pero lo cierto es que últimamente asistimos a una erosión total de las ciencias, de las artes, de las técnicas. Y ya apenas se distingue, en algunos momentos, la realidad jurídica, de la literaria; razón por la que afrontaremos el estudio de este relevante eje de la reforma de la Justicia civil en clave literaria, para destacar, esta vez desde el movimiento del “realismo mágico”, cuáles son los aspectos irreales o extraños de la reforma que, sin embargo, el Legislador procura mostrarnos como cotidianos o comunes.

Y es que esta corriente de reforma de la Justicia civil pretende, en algunas ocasiones, dar verosimilitud interna a lo fantástico: frente a algunos “golpes de realidad”, ciertamente operativos y útiles, se vislumbran otros de “irrealidad”, a los que se reviste de aparente normalidad, acaso de “¿nueva normalidad?”. Veamos, pues, las fortalezas y debilidades del eje de agilización —y consiguiente dinamización— de la Justicia civil en la reforma operada por el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (en adelante, ALEMP), no sin antes destacar, de modo introductorio y con tono de Pepito Grillo, que esta Ley es considerada una “Ley de los lobbies” en la medida en que viene a implementar, precisamente, las medidas reclamadas por los colectivos profesionales más directamente implicados en la Administración de Justicia: en un buen número

⁶ Martín Benítez, G., nos lo recuerda: “Hace unos días llegó a mi *feed* un artículo titulado “El Maestro”, firmado por Miguel Delibes y publicado por *ABC* el 18 de febrero de 1984 con ocasión del primer aniversario de la muerte de D. Joaquín Garrigues. Recordaba allí D. Miguel (y descubría yo emocionada al leerlo) el doble magisterio que D. Joaquín había ejercido sobre él: el primero —“*más obvio*” decía Delibes—, al enseñarle derecho mercantil cuando necesitaba de esos conocimientos para unas oposiciones a cátedra; el segundo —que calificaba de “*menos presumible*”—, al despertar en él “*el gusto por la palabra*” y revelarle “*ese mágico juego que consiste en atrapar una idea que nos ronda por la cabeza y fijarla en el papel mediante cuatro vocablos precisos*”, en *Delibes, Garrigues...y las normas anti abuso (otra vez)*, <http://fiscalblog.es/?p=6177>.

de casos, se ha redactado un “traje a la medida” de las reivindicaciones que venían siendo reclamadas tiempo atrás: ello, por sí mismo, no es algo malo, en principio, pues en definitiva se trata de regular herramientas que han de utilizar estos profesionales, y por tanto: ¿quiénes mejor que ellos para exponer las necesidades de los utensilios que, cada día, van a utilizar?: necesitamos, nos decían, un proceso excepcional —esto es, al que sólo se llegue cuando haya fracasado alguno de los mecanismos extraprocesales ofertados al ciudadano— breve, altamente digitalizado, con pocas —o, incluso, ninguna fase— presencial, una tutela colectiva, una apelación expeditiva y una casación centrada en el exclusivo interés casacional o general.

Está bien, pero...del otro lado se encuentra la ciudadanía, indefensa, deseosa de “judicializar” su conflicto, con una serie de derechos, algunos fundamentales, de naturaleza procesal, entre otros, el iniciático derecho de libre acceso a la Justicia⁷, seguido de su correlativo derecho a ser oída, dispuesta a encarar todas las dificultades que el proceso judicial, inevitablemente, comporta, pero no los obstáculos, ni las herramientas mágicas de nueva creación, que vienen a deformar la “vieja normalidad procesal”, no para modernizarla, sino para degradarla y atormentarla.

II. FE CIEGA EN LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

El fomento de los denominados “medios adecuados de solución de conflictos”, operado por el Legislador del ALMEP, nos parece positivo en un buen número de propuestas, así, entre otras, en la libertad de elección, otorgada a las personas afectadas por la controversia, respecto de cuál sea el medio más adecuado, dentro de los existentes, a día de hoy e, incluso, de los que lleguen a experimentarse, para resolverla, sin necesidad de acudir a —y agotar los medios de— la Jurisdicción, así como la ulterior valoración positiva o negativa, por el Juez, de la buena fe, inacción —“pasotismo”— o mera teatralidad —ausencia de una real voluntad de negociación— depositada, por las partes, en este “intento de pacificación” extrajudicial, de cara a adoptar una solución u otra; pero de gran lesividad en su imposición forzada a modo de “requisito de procedibilidad” o peor aún, en su sanción —por vía de costas o multas— cuando se presume una ausencia de “buena fe negociadora”.

⁷ Vid., Pérez Daudí, V., “La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *InDret* 2/2019.

La LMEP crea un nuevo concepto, un *concepturus* procesal⁸: el de “medios adecuados de resolución de controversias” (en adelante, MASC), con total exclusión de dos elementos cruciales, su externalización, descentralización o desjudicialización, de un lado; y su conflictividad, de otro. Así, la construcción gramatical excluye el dato revelador de su existencia: su naturaleza extra-judicial y bajo la amable —acaso, romántica— inserción de dos símiles, “adecuados” y “controversias”, excluye la crudeza de un par de realidades empíricas elementales: ni bajo el manto protector de la “adecuación” —“medios adecuados”— debe obviarse que, por utilizar la misma expresión, los medios judiciales son, como mínimo, tan “adecuados” como los extrajudiciales; ni bajo la suavidad del término “controversias” ha de eludirse la lesividad, el enconamiento e, incluso, la agresividad de ciertos conflictos.

En Derecho no existe el “efecto placebo”; en consecuencia, tanto el diagnóstico, como la intervención y la medicación habrán de ir, directamente, al corazón del problema, esto es, “sin florituras”. Y esta denominación pertenece a la literatura romántica: “medios adecuados de solución de controversias”, como si sólo ellos —los foráneos al Poder judicial— fueren los adecuados, resultando de todo puto inadecuada la Jurisdicción; como si todas las “controversias” fueran meros “cambios de pareceres”, “pequeñas diferencias”, “insignificantes discrepancias” o “malos entendidos”, que, con buena voluntad, pudieren rápidamente conciliarse —eso sí, por la fuerza— en el “templo de la concordia”.

La realidad se impone frente a este primer “realismo mágico”: los “medios adecuados de solución de controversias” (MASC), en verdad, son —y en sonoridad, quedan empatados, por la fealdad de ambas nomenclaturas— “medios extrajudiciales de resolución de conflictos” (MERC). Ya no son “alternativos” pues dejan de discurrir en paralelo —como posible “alternativa”— al proceso judicial, para incorporarse, con toda la “fuerza de la ley”, dentro de su núcleo duro, su propio procedimiento. Pero sí son

⁸ Al detallado estudio del nuevo concepto, fundamento, clasificación y tratamiento procesal de estos “medios de solución adecuada del conflicto” hemos dedicado un trabajo específico, pendiente de publicación, Calaza López, S., El proceso judicial como *ultima ratio*: de la alternatividad a la obligatoriedad de los “medios adecuados de solución de conflictos”, en “Un modelo de justicia para el siglo XXI: Justicia alternativa, Justicia negociada, Justicia informal”, dirigido por el Prof. Roca Martínez, J.M., Ed. Tirant lo Blanch, 2021, en prensa, en el marco de un Proyecto de investigación I+D+I titulado “Un modelo de justicia para el siglo XXI: Justicia alternativa, Justicia negociada, Justicia informal”, y dirigido por el Prof. Roca, J.M., razón por la que, en este momento nos conformaremos con efectuar un balance —y una crítica— de la actual propuesta legislativa.

“extrajudiciales” pues se encomiendan a cualquier profesional —jurista o no—, a cualquiera excepto, precisamente, a los Jueces y Magistrados. Y también lo son de “resolución de conflictos”, con independencia de la intensidad —alta, media o baja— de la crispación, que nunca será nula, puesto que las relaciones armoniosas civiles no precisan, resulta obvio —con la excepción de algunos escasos expedientes de Jurisdicción voluntaria como, por ejemplo, la adopción— intervención alguna, ni jurisdiccional, ni extra-jurisdiccional.

El Legislador inserta, a continuación, estos MERC, nada menos que en el núcleo duro, como un presupuesto de procedibilidad del proceso; esto es, en pleno marco procedimental de la Administración de Justicia, respecto de la que reitera, una y otra vez, su prioritaria funcionalidad como “servicio público”. Y afronta una decidida apuesta por la externalización de la Justicia, por la derivación de las controversias civiles y mercantiles hacia cualesquiera medios extrajudiciales, con una fe ciega en la concordia, la solidaridad, la resiliencia y la humanidad, sin el menor respeto por la libertad individual de los justiciables. Si tales legítimas aspiraciones no se encuentran en el fuero íntimo de cada ciudadano, no pasa nada: la Ley se las impone.

El fundamento de la imposición de la descentralización o externalización judicial⁹ es obvio: la redistribución, la racionalización y la economicidad de los recursos públicos. Hasta aquí comprensible. Lo que resulta más “chirriante”, si se me permite la expresión es la incorporación, a la Justicia, identificada una y otra vez con un “servicio público”, de unos medios adecuados de solución de controversias que, en verdad, pueden tildarse como un servicio privado, pues serán los ciudadanos quiénes deban afrontar su coste económico, bien sea por la vía de una nueva tarificación —sustancialmente elevada— de los honorarios a sus Abogados de confianza —cuando sean ellos quiénes asuman la dirección de la negociación—¹⁰, bien a los restantes procesionales —mediadores, negociadores, expertos, Notarios, Registradores, Graduados sociales, etc—. No menciono los casos de justi-

⁹ Tuset Varela, D., “La justicia descentralizada como sistema de resolución alternativa de conflictos”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 54, 2020.

¹⁰ Aragonés Seijo, S., destaca, en este sentido, que “estos mecanismos extrajudiciales otorgan un papel esencial a los operadores jurídicos. Naturalmente, serán los Abogados quien mejor podrán asesorar a las partes y conseguir —en su caso— un acuerdo satisfactorio. Lo cierto es que esta actividad ya se efectúa de manera habitual y satisfactoria por los Abogados en muchos ámbitos, pero el legislador ha entendido oportuno plasmar documentalmente si se ha llevado a cabo esta actividad preprocesal o de justicia descentralizada”, en *Novedades en el proceso civil del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*, *La Ley* 318/2021, pág. 2.

cia gratuita, respecto de los que —lógicamente— se preserva la gratuidad, por no ser representativos, porcentualmente, de la generalidad de litigantes: resulta obvio, por otro lado, que no son ricos todos los que no pueden disfrutar de la justicia gratuita.

Y aquí encontramos el segundo “realismo mágico” de la descentralización de la Justicia: la inserción de mecanismos privados en el marco de un servicio público; la búsqueda inusitada del ahorro de costes de la Justicia a costa del encarecimiento del procedimiento impuesto al ciudadano en plena pandemia; la sempiterna aspiración de modernización de la Justicia, con una multiplicación excesiva de leyes, a coste cero¹¹, o lo que es peor, con desplazamiento del coste a la ciudadanía; y en definitiva, la creación, ahora *ex novo*, de un sistema mixto —por ahora “semi-público”— de impartición de Justicia, dónde la primera fase irá directamente al bolsillo del justiciable —que costeará el “servicio privado” de los MASC— y la segunda, por fin, una vez acreditada, eso sí, la poco exitosa “buena fe negociada”, al de la Administración de Justicia, último bastión de resolución del conflicto.

Si el Legislador crease una plataforma MASC dentro del Poder Judicial, con profesionales —mediadores, expertos, conciliadores— al servicio de la resolución armoniosa de los conflictos civiles y mercantiles; con la provisión de técnicas asistidas de mitigación de disputas¹²; incluso, con la implementación de programas digitales de inteligencia artificial que promoviesen respuestas estandarizadas a controversias recurrentes¹³; y todo ello fuere costeado por el Estado, entonces parece que la apuesta ganaría en coherencia: una apuesta real y firme por un sistema integrado de Administración de justicia con profesionales diversos, todos ellos destinados a la pacificación de las contrariedades civiles y mercantiles; todos ellos funcionarios de Justicia; de

¹¹ Recuérdese, con Nieva Fenoll, J., que “los poderes públicos, que son los que financian el sistema de justicia, solamente están interesados en reducir la tasa de pendencia de los procesos judiciales. Para ello, o para aparentar que luchan contra la sobrecarga, reforman leyes procesales sin número, pero no afrontan el problema central, que es sin duda la insuficiente estructura judicial que debe soportar todo el contencioso que cada semana llega a los juzgados”, en “Mediación y arbitraje: ¿una ilusión decepcionante?”, *Revista General de Derecho Procesal de Iustel* nº 39, 2016, pág. 6.

¹² *Vid.*, Pérez Daudí, V., “Las TICS y la resolución de conflictos: de los ADR a los ODR y de la justicia a la ciberjusticia”, en prensa, 2021: me ha posibilitado su lectura la cortesía del autor.

¹³ Y es que no nos cabe duda, con Delgado Martín, J., de que “la Inteligencia Artificial afectará antes o después a todas las áreas del sistema judicial, así como al trabajo de las diferentes profesiones del sector justicia, tanto en el ámbito público (Jueces, fiscales, LAJs, funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores...), como en el ámbito privado (Abogados, procuradores y graduados sociales)”, en “Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la justicia”, *Diario La Ley* nº 9781, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 1 de febrero de 2021, Wolters Kluwer, pág. 9.

un lado los profesionales de los MASC, que ventilarían la primera fase preprocesal de las controversias disponibles; de otro, los Jueces y Magistrados, que resolverían estas mismas controversias, y dictarían una respuesta última, cuando fracasasen las soluciones ofrecidas por quiénes les habían precedido, infructuosamente, en la labor resolutoria. Pero este “abaratamiento” de la Justicia —minoración de asuntos para los Jueces y Magistrados— con el consiguiente ahorro para el Estado, a costa del “endeudamiento” del justiciable —“encarecimiento” del procedimiento—, supone un desplazamiento del gasto público —transmutado ahora en ahorro público—, al gasto privado del litigante, revelador de un auténtico impuesto procesal revolucionario.

Pero el inconveniente coste económico de este servicio público que, ello no obstante, sufraga el litigante, no es el único elemento mágico de esta nueva realidad —o “nueva normalidad”— procesal, sino también la ineludible dilación, la espera, el aplazamiento procesal: así, cualquiera que se vea afectado por una controversia civil o mercantil, no podrá acudir, como siempre, al Juez —objetiva, funcional y territorialmente— competente, que por reparto le corresponda, para ventilar, pura y simplemente su conflicto —en aras de la necesaria... ¡¡¡simplificación de la Justicia!!!— sino que habrá de acudir primero al “templo de la concordia”, es decir, habrá de informarse de cuáles sean los “mecanismos de solución de controversias” más adaptados a su concreto contencioso; habrá de resignarse a minorar —o cuando menos, modificar— una parte de su objeto litigioso —pues poca buena fe se podrá inferir, al término, de quién no renuncia a nada, ni asume la menor mutación objetiva, en la fase de negociación previa al juicio—; habrá de lanzar —en solitario o debidamente asesorado y asistido¹⁴— su oferta vinculante o no, según cual sea el MASC elegido; y lo que es peor, habrá de esperar tres largos meses —muchas veces en situación de asfixia negociada¹⁵— a que el futuro demandado, en el mejor de los casos, no le conteste para que, ¡¡¡por fin!!! quede expedita la vía judicial.

¹⁴ Esta asistencia, sin embargo, no parece aceptarse con agrado por un sector de la Abogacía. *Vid.*, Murciano Álvarez, G., cuando afirma que “obligar a los Letrados a permanecer durante 90 minutos en el medio de agria discusión que ni le va ni le viene en asuntos que pueden resolverse a lo largo de cuatro meses, como un divorcio por ejemplo, y con cuestiones tan “interesantes” como lo que hace siempre tu madre, o tú no te quedas con la vajilla, es no valorar su tiempo, ni su derecho al descanso, y negarle la oportunidad de conciliar familiarmente en un régimen de semi esclavitud”, en “Las dos caras del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio Público de Justicia”, <https://blog.sepin.es/2020/12/anteproyecto-ley-medidas-eficiencia-procesal-servicio-publico-justicia/>.

¹⁵ Véase, en este punto, la inaplazable regulación del proceso *rebus sic stantibus*, Calaza López, S., “No hay pandemia que no remita: Hoja de ruta de la *rebus sic stantibus*”, *Actualidad civil* n^o1, Ed. La Ley, enero de 2021.

Y decimos que será una grandísima suerte la falta de respuesta del futuro contrincante procesal porque el plazo de esos tres —larguísimos— meses para interponer la demanda, con éxito —esto es, sin que sea inadmitida por ausencia de MASC— comenzará a computar a partir del día siguiente a aquel en que se intentó la negociación, sin respuesta, o sin acuerdo. La acreditación sin respuesta es —relativamente— sencilla, siempre que no se acoja el contrincante a la denuncia de un fallo de las comunicaciones; no así, la del supuesto día de conclusión sin acuerdo.

Esta última contingencia puede lesionar, y muy gravemente, a quienes pretendan ventilar, de una vez por todas, sus conflictos, pues la estrategia procesal de la dilación está servida para quien quiera ganar tiempo durante la gestación infructuosa de los MASC: basta con utilizar técnicas teatralizadas, con generar expectativas falsas, con crear ficciones de respuestas que siempre están por llegar y nunca llegan, para que ese plazo de tres meses tarde mucho —incluso muchísimo— en comenzar su cómputo. Cuarta manifestación de un realismo mágico: presuponer la buena fe de todos y cada uno de los sujetos afectados por una controversia civil y mercantil que deben, por fuerza, someterse al MASC antes de acudir a los Juzgados y Tribunales.

La incorporación, de una negociación, no constituye, finalmente una novedad, en el proceso civil, dónde ya tuvimos, en su día, una conciliación intra-procesal, que se practicó sin pena ni gloria, hasta el año 84¹⁶, y de la que se prescindió, precisamente por su escaso éxito estadístico¹⁷, frente al “entorpecimiento” que la constante “ficción” de tal medida suponía en la práctica.

Y no es nuestra intención, en absoluto, la de desechar una nueva forma de hacer Justicia que irrumpe, con fuerza, de forma esperanzadora, en nuestro país, desde hace ya cierto tiempo¹⁸, la Justicia conciliadora,

¹⁶ Recuérdese que la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, imponía, de forma preceptiva, en sus artículos 460 y 462, la conciliación previa a al proceso, pero la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suprimió esa conciliación obligatoria, bajo la feliz idea de que “se debía conferir al acto de conciliación, —que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios— un carácter meramente facultativo”.

¹⁷ Recuérdese, con De la Oliva Santos, A., que “el porcentaje de conciliaciones exitosas no alcanzaban el 1% de los litigios civiles” en “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 39, septiembre-octubre 2011, pág. 10.

¹⁸ Agradezco, personalmente, a la Profra. Jimeno Bulnes, M., la labor “conciliadora”, que ejerció en los comienzos de mi estudio de este amplio catálogo de mecanismos extra-judiciales; *Vid.*, de esta autora, “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa?: una perspectiva europea y española”, *Diario La Ley* nº 8624, 2015; “Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias”, en *Derecho y proceso: Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Vol. 2, Ed.

amistosa, consensuada, reparadora, restaurativa, terapéutica¹⁹ —¡tiene tantas denominaciones!—, la Justicia, en definitiva, extra-muros de la Jurisdicción, una Justicia que constituye ya una nueva —e imprescindible— ramificación del Derecho procesal²⁰: bienvenidas sean todas las fórmulas de minoración del conflicto, de relajación del desgaste, de pacificación horizontal; y en definitiva, de humanización, frente a tanta crispación²¹. Pero bienvenidas sean con libertad: al templo de la concordia no se llega por la fuerza, ni la “ausencia de motivación negociadora” —y consiguiente priorización de la Jurisdicción— debe ser sancionada, como se verá, en forma de multas o de costas: Que ese talante negociador e integrador se demuestre, precisamente, con una inserción voluntaria y gratuita de los MASC, en el proceso, orientada al beneficio del justiciable; no a una pérdida de tiempo, dinero y paciencia. Y si han de ser obligatorios, al menos que no vengán a ralentizar, entorpecer y encarecer los procesos; al menos que se rijan por tres sencillas premisas: primera y esencial, su integración en el sistema de Justicia como servicio público con gratuidad —puesta a disposición de tales medios desde las distintas sedes judiciales y desde el Portal digital Justicia—; segunda y trascendental, su incorporación con un plazo para todos los casos: así, un mes desde que se solicita la “negociación”: si en este mes no se da respuesta, por la otra parte, o no se alcanza el acuerdo —no debieran caber las evasivas: un acuerdo, no nos engañemos, se puede alcanzar en un mes, salvo casos de extrema dificultad con multitud de litigantes, que podría constituir la única excepción—; y tercero, absolutamente esencial: no se debe sancionar la falta de motivación negociadora: los ciudadanos confían en la Jurisdicción: los litigantes saben que obtendrán una respuesta, favorable o adversa, pero siempre fundada en Derecho, razonada, cierta y estable: ¿Cómo se va a sancionar, ni en las costas, ni en las multas, el libre —y prioritario— acceso a la Ju-

Atelier, Madrid, 2018.; “Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias”, en Justicia restaurativa: *una justicia para las víctimas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

¹⁹ Vid., Pillado González, E., “Aplicación de los principios de la justicia terapéutica al derecho de familia”, en *Los conflictos de Derecho de familia desde la Justicia terapéutica*, Ed. Bosch, Madrid, 2020.

²⁰ Vid., López Yagües, V., “La inserción de la mediación en un sistema integrado de justicia civil para España y Europa. El modelo italiano como referente”, en Castillejo Manzanares, R., *Nuevos debates en relación con la mediación penal, civil y mercantil*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2018.; “Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios en un Sistema integrado de Justicia Civil”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* n° 137, 2019.

²¹ Vid., Moreno Catena, V., “Del litigio judicial a modos diferentes de resolver los conflictos jurídicos”, en Castillejo Manzanares, R., *Nuevos debates en relación con la mediación penal, civil y mercantil*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2018.

risdicción? Con estas tres premisas elementales, podría admitirse —aún con reparos, pero admitirse, en todo caso— la integración de los MASC en el corazón del proceso. Sin tales premisas, los MASC serán —así nos lo parece— un “realismo mágico”.

III. UNA NUEVA ARQUITECTURA PROCEDIMENTAL PARA EL JUICIO VERBAL

La segunda gran reforma de la inminente LMEP viene de la mano de un nuevo juicio verbal, que debiera, ello no obstante, pasar a denominarse “juicio digital”, pues —de resultar exitoso— carecerá de cualquier tipo de actuación física, presencial, oral o verbal: su denominación dejará de responder, en un buen número de casos, a la nueva realidad procesal, erigiéndose, como se verá, en un nuevo fenómeno del realismo mágico de la Justicia civil que está por venir.

El juicio verbal que viene, y esto no se olvide, vertebrará la vida de muchos ciudadanos, razón por la que su configuración debiera orientarse, prioritariamente, a agilizar, simplificar, resolver y, como suele decirse coloquialmente, “dejar ir”.

La primera gran novedad de la reforma es la ampliación del ámbito objetivo, tanto cualitativo, como cuantitativo, del juicio verbal: así, este juicio se aplicará, de prosperar la reforma, también a las siguientes materias: primero, a las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación; segundo, a aquéllas en las que se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, siempre que versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, sea cual fuere dicha cantidad; y tercero, a aquéllas en las que se ejercite la acción de división de cosa común.

Además de esta ampliación cualitativa, el juicio verbal tendrá, a su vez, un nuevo alcance cuantitativo: en defecto de la materia, el objeto litigioso pasará a cuantificarse en un importe superior a 15.000 euros, de suerte que, desde los 6000 euros actuales, subirá a más del doble, casi al triple.

La propuesta de ampliación cualitativa y cuantitativa del juicio verbal, reclamada desde tiempo atrás por los miembros del Poder judicial —cansados de celebrar procesos de muy escaso valor económico con celebración de vistas sin la menor relevancia práctica—, parece positiva, pues el deno-

minado “umbral de la litigiosidad”²² habrá de actualizarse o adaptarse, con cierta periodicidad, a los tiempos que corren: no es rentable, sostenible, ni razonable que la cantidad reclamada, por el litigante, sea inferior al coste que genera, a la Administración de Justicia, la devolución de dicho importe. Sin perjuicio de que parece razonable derivar a este juicio verbal —altamente expeditivo— un mayor número de “objetos litigiosos”, en una clara apuesta de agilización y dinamización; ha de destacarse, ello no obstante, que subir, en una misma y única reforma, casi el triple del importe —esto es, pasar de 6.000 a 15.000 euros— conlleva, en la profunda crisis económica en que estamos sumergidos y la que se avecina —todavía de impredecible magnitud—, la idea de que el juicio verbal ya no será, en buen número de casos, para la mayoría de litigantes, un proceso de escasa cuantía.

Pero lo más relevante del verbal, con todo, no es su ampliación objetiva-cuantitativa y cualitativa, sino su nuevo diseño arquitectónico: comenzará con una demanda escrita, a la que se responderá con una contestación a la demanda también escrita; hasta aquí no hay novedades: permanece la idea de que la escritura de la contestación permite fijar con mayor precisión el objeto litigioso y las posiciones de las partes.

La contestación a la demanda del juicio verbal fue oral, como se sabe, desde su primera formulación en el año 2000, hasta su modificación, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que la transformó en escrita, con la evidente finalidad —*verba volant, scripta manent*— de dejar perfectamente delimitado el objeto litigioso. Bien es cierto que la oralidad de la contestación a la demanda ofrecía, al Juez, una mayor —y mejor— comprensión del asunto, pues el dinamismo, flexibilidad y libertad de la expresión verbal siempre será superior que la planteada en un escrito, dónde quedan delimitados, a sangre, tanto el objeto litigioso, como los estrechos márgenes de las pretensiones. También es cierto que la oralidad de la contestación a la demanda ofrecía agilidad, celeridad y rapidez al proceso, que discurría, no cabe duda, a otra velocidad. Sin embargo, la escritura ofrece beneficios capaces de eclipsar estas virtudes: una mayor calidad técnica, fijeza y, sobre todo, de equilibrio en las posiciones de las partes.

La priorización de la escritura, frente a la oralidad, para los escritos iniciáticos del proceso parece, desde luego, la mejor opción, por tales razones de fijeza, permanencia y, al término, seguridad procesal, así como de tutela judicial efectiva, pues la contestación a la demanda verbal sacrificaba —y

²² Vid., esta elocuente expresión: “el umbral económico de la litigiosidad”, en Ramos Mendez, F., *Elogio de la nada procesal*, Et. Atelier, Barcelona, 2018, págs. 297 y ss.

mucho— el derecho del actor, a conocer con la debida antelación, prontitud y certeza, las excepciones procesales y materiales en que el demandado amparaba su defensa, así como los mecanismos probatorios de que intentase valerse, de cara a rebatirlas, también, con los adecuados elementos probatorios. Y es que la complejidad de un buen número de juicios verbales —a la que, ahora se suma su cuantía, relativamente elevada: hasta 15.000 euros— bien merecen que, tanto el Juez como las partes tomen conocimiento, con la debida antelación a la vista, de los exactos extremos del conflicto, máxime ahora que, además, venimos de un “mecanismo adecuado”, pero frustrado, “de solución del conflicto”.

Sin embargo, el sistema del “doble control”²³, instaurado por la Ley 13/2009, operado —primero, por el Letrado de la Administración de Justicia; y después, caso de advertir un óbice procesal, por el Juez, para proveer su debida subsanación— cuando, al fin y al cabo, una vez purgado dicho óbice, este mismo Juez, habrá de conocer, en todo caso, de esa demanda, nos parece un modelo, sencillamente, ineficiente, que precisamente este ALMEP, debiera haber corregido: se invierte el doble de medios humanos —Letrado de la Administración de Justicia y el Juez— para conocer de un asunto —una demanda— de la que, al término, habrá de seguir conociendo el Juez. Debiera liberarse al Letrado de esta función, en la idea de maximizar sus funciones en otras, dónde sí resulte imprescindible su presencia.

Pero hasta aquí, como decíamos, nada ha cambiado: demanda y contestación a la demanda escritas. Será, a partir de este momento, cuando comienzan las verdaderas novedades del procedimiento.

La primera de ellas se refiere a la conciliación intra-procesal sugerida, nada menos, que por el Letrado de la Administración de Justicia. Así, pues, una vez contestada la demanda, en forma escrita, el Letrado de la Administración de Justicia todavía podrá convocar a las partes a una conciliación previa, y ello con independencia de su voluntad favorable o adversa a la

²³ En este sentido se ha pronunciado Gimeno Sendra, V., cuando ha destacado que “el resultado de esta polémica reforma es que rige en la actualidad un doble examen de oficio de los presupuestos procesales y de los documentos de aportación necesaria a la demanda: el parcial del Secretario judicial y el total que teóricamente puede también efectuar el Juez, si bien, en la práctica forense, debido a que la admisión de la demanda es una “competencia” del Letrado de la Administración de Justicia, no es inusual que el Juez tome conocimiento de la demanda posteriormente a su admisión, concretamente en el momento anterior a la celebración de la comparecencia previa, que posiblemente no tendría que celebrarse si, en el momento de la admisión de la demanda, se hubiera cumplido con la exigencia del principio de subsanación”, en “La abolición del juicio verbal y de los procesos especiales y sumarios”, *Revista General de Derecho Procesal de Iustel* nº 51, 2020, pág. 12.

posibilidad de entablar una “segunda” negociación en el mismo proceso. No debe olvidarse que, en este nuevo “sistema multipuertas” de Justicia a la carta, ya venimos de un intento frustrado de consenso. Si el agotamiento de uno —al menos— de los MASC no hubiera sido obligatorio en su momento, entonces podríamos comprender que el Letrado derivase, a la vista de las posiciones de las partes, la controversia a una posible conciliación, pero nos parece excesiva esta doble vía conciliadora: primero, como requisito de procedibilidad; y, después, como conciliación intraprocesal. Desde luego, la fallida conciliación-intraprocesal vigente en nuestro proceso civil hasta el año 84 no ha servido como ejemplo de evitación de trámites superfluos; menos mal que esta vez no viene impuesto y corresponde al Letrado de la Administración de Justicia decidir, a la vista de la entidad del enconamiento, si procede o no tal renovado intento, en el que siempre late, no se olvide, y ahora más que nunca, por encontrarnos en una avanzada fase procedimental, la “sombra del juicio”²⁴, que, como la del ciprés, es alargada y alcanza a aquello que las partes creen que pueden ganar en el proceso, y que, por tanto, no están dispuestas a sacrificar en un acuerdo previo.

La segunda novedad procedimental del nuevo juicio verbal se refiere al establecimiento de una serie de plazos para la presentación de las pruebas y de su impugnación, que será de cinco y tres días respectivamente. Así, actor y demandado tendrán un plazo común de cinco días para la proposición de la prueba que quieran practicar, debiendo, en este momento, cuando ellas mismas no puedan aportarlas, indicar las personas que, han de ser citadas por el Letrado de la Administración de Justicia a la vista para que declaren en calidad de parte, testigos o peritos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación y podrán pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites legalmente establecidos. En los tres días siguientes al traslado del escrito de proposición de prueba, las partes podrán, en su caso, presentar las impugnaciones.

La tercera novedad procedimental del nuevo juicio verbal se refiere a la celebración de la vista, que dejará de ser obligatoria cuando lo soliciten las

²⁴ *Vid.*, esta expresión, en Ramos Romeu, F., cuando, a su vez, advierte lo siguiente: “lo que cada parte espera que decida el Juez determina en gran parte el valor de ir a juicio para cada uno, y afecta al rango de acuerdo. De hecho, son las divergencias de creencias entre las partes respecto de lo que ocurrirá si se va a juicio el principal factor que hace que no se produzca el acuerdo, divergencias provocadas a su vez por la incertidumbre sobre los hechos —lo que será demostrable— o sobre el derecho —lo que este exige y determina”, en “¿Puede el Juez contribuir a reducir la litigiosidad?”, *La sociedad litigiosa*, (Dir. F. Gutiérrez-Alviz Conradi) *Cuadernos de Derecho Judicial* n°13-2007 CGPJ, Madrid, 2008, págs. 65 y ss.

partes, para pasar a celebrarse —o no— según la discrecionalidad del Juez en cada caso. Así, una vez transcurridos los plazos de cinco y tres días para la respectiva presentación e impugnación de prueba, el Juez resolverá por auto sobre la admisión de la prueba propuesta y sobre la pertinencia de la celebración de vista, acordando, en caso de no considerarla necesaria, que queden los autos conclusos para dictar sentencia.

Cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales y el tribunal no haya considerado pertinente o útil la presencia de los peritos en el juicio, se procederá a dictar sentencia, sin previa celebración de la vista.

Contra el auto que resuelva sobre la prueba propuesta cabrá interponer recurso de reposición, que tendrá efecto suspensivo.

Y esta es la gran novedad, con la posibilidad de dictar sentencia *in voce*, a la que de inmediato nos referiremos, del juicio verbal: nada menos que la posibilidad de que sea un proceso íntegramente escrito.

El juicio verbal, así bautizado, en su momento, por tener una contestación a la demanda oral y una vista también oral ha dejado de ser verbal: su nomenclatura quedó fija a pesar de la primera modificación, en 2015, que impuso la escritura, para la contestación a la demanda; y es de prever que vuelva a quedar inmutable a pesar de esta modificación que se avecina, en 2021, de prescindir de la vista, cuando el Juez la considere inocua. Somos muy conscientes de que los cambios —a veces revolucionarios— de fórmulas o, incluso, instituciones —que, con el tiempo, nos atrevemos de tildar como clásicas— pueden llegar a deformar —y mucho— su concepción inicial: así, se continúa denominando Jurisdicción voluntaria a una modalidad —o ramificación— de nuestra Jurisdicción civil, que incorpora la oposición, nada menos que hasta el término del expediente, en la práctica totalidad de asuntos contradictorios. Y lo asumimos con normalidad por tratarse de una institución cuya nomenclatura tiene una fuerza histórica: viene, nada menos, que desde el Derecho romano. Pero: ¿vamos a asumir con esta misma naturalidad la denominación de “juicio verbal” para un proceso que, en la mayor parte de ocasiones, será íntegramente escrito?

Pero más allá de la denominación que deba ofrecerse a este juicio —de nuevo diseño en el sistema multipuertas de nuestra moderna boutique del Derecho—, lo cierto es que los justiciables, si el Juez lo considera oportuno, se quedan sin vista o la celebran telemáticamente. La celebración telemática, así lo hemos asumido, a marchas forzadas, comporta una inmedia-

ción, contradicción, concentración —y pronto, esperemos, pues se están implementando estos mecanismos— también publicidad telemáticas, cuya calidad depende, una vez más, —no se olvide— de una adecuada inversión económica, que hasta el momento se está desplazando al ciudadano²⁵; pero la no celebración, como es lógico, comporta, pura y simplemente, la nada: la realización de un procedimiento íntegramente escrito sin la menor interacción —ni siquiera por conexión digital— del Juez con el ciudadano. Puede comprenderse que un sistema público de Justicia sostenible en tiempos de crisis no debe permitirse la celebración —ni física ni telemática— de todas y cada una de las vistas —incluso las inocuas— que planteen los litigantes —siempre proclives, en el proceso civil, a dicha directa interconexión con el Juez—; pero no puede aceptarse que el juicio verbal pase a ser, como norma, un juicio escrito, sin paliativos, y para todos los casos. La concesión, al Juez civil, de un rol director del proceso, próximo al penal, nos parece afortunada; pues su imparcialidad nos parece totalmente impermeable a la posibilidad de solicitar, ahí dónde la presuma, una ampliación del material fáctico y probatorio, así como la de decidir cuándo —y cuando no— deba celebrarse la vista, si bien esta facultad no debiera extenderse a la totalidad de casos, sino solo a los procesos de baja entidad conflictiva o muy escasa cuantía económica.

La cuarta novedad procedimental del futuro juicio verbal —y, en este punto, también del resto de procesos, se orienta a la generalización de la celebración telemática de las actuaciones judiciales. Así, el novedoso artículo 432.1.II señala que “las partes y sus representantes procesales deberán comparecer por videoconferencia o mediante la utilización de medios telemáticos para la reproducción del sonido y, en su caso, de la imagen, cuando el Tribunal lo acordase de oficio o a instancia de alguna de ellas, y se cumplan los requisitos legalmente establecidos”. Y estos requisitos son los contemplados en el nuevo artículo 137 bis dedicado a la “realización de actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia”.

La regla general de este nuevo artículo 137 bis. 2 es la de la digitalización —y ulterior documentación— desde la sede judicial: “los profesionales, así

²⁵ *Vid.*, Albertos Abellán, A., quién señala, en este punto, que “las videoconferencias deberán estar integradas con el sistema de grabación de vistas, con la sala de vista virtual y con el sistema de gestión procesal (SGP) y deben completarse con pantallas de gran tamaño y alta resolución (HD), micrófonos omnidireccionales, cámaras HD y ordenadores en las salas de vistas, para que la calidad de las grabaciones sea la necesaria, no haya problemas de visualización y audición por parte de los asistentes y sea posible acceder a los expedientes digitales o mostrar documentos”, en “Brecha digital y derecho a la asistencia jurídica gratuita”, <https://confi legal.com/20201119-opinion-brecha-digital-y-derecho-a-la-asistencia-juridica-gratuita/>

como las partes, peritos y testigos que deban intervenir en cualquier actuación por videoconferencia lo harán desde la Oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo. En el caso de disponer de medios adecuados, dicha intervención también se podrá llevar a cabo desde el juzgado de paz de su domicilio o de su lugar de trabajo”. Ahora bien, cuando el Juez, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, estas intervenciones podrán hacerse desde cualquier lugar, siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente. En consecuencia, lo habitual será la declaración telemática desde la sede judicial, pudiendo el Juez, en cualquier caso, autorizar dicha declaración, incluso desde el mismo domicilio de la persona, siempre que se pueda acreditar la identidad del comunicante.

La quinta novedad procedimental del futuro juicio verbal es la sentencia oral. Así, el precepto 210.3 de la LEC, conforme a la redacción ofrecida por el ALMEP, establece que “salvo en los procedimientos en los que no intervenga Abogado —de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.2 LEC—, podrán dictarse sentencias oralmente en el ámbito del juicio verbal, haciéndose expresión de las pretensiones de las partes, las pruebas propuestas y practicadas y, en su caso, de los hechos probados a resultados de las mismas, haciendo constar las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso”.

La sentencia se dictará al concluir el mismo acto de la vista en presencia de las partes, quedando documentada en el soporte audiovisual del acto, sin perjuicio de la ulterior redacción por el Juez o Magistrado del encabezamiento, la mera referencia a la motivación pronunciada oralmente dándose por reproducida y el fallo íntegro, con expresa indicación de su firmeza o, en su caso, de los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Una vez pronunciada la sentencia de forma oral, según prodigue el artículo 210.4 de la LEC, conforme a la nueva redacción del ALMEP, “si todas las personas que fueren parte en el proceso estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde que se notificase a la parte la resolución así dictada mediante el traslado del soporte audiovisual que la haya registrado junto con el testimonio del texto redactado referido en el párrafo segundo del apartado anterior”.

La oralidad de la sentencia agilizará —¡y mucho!— la Justicia civil; ahora bien, ha de destacarse, en primer lugar, que esta oralidad es —y debe ser— facultativa, esto es, que el Juez decidirá, con toda responsabilidad, cuando debe dar un formato oral u otro escrito a la sentencia en función de la dificultad objetiva, nivel de conflictividad, complejidad probatoria y número de litigantes; asimismo, ha de advertirse que la reacción adversa de una o ambas partes procesales, al contenido de la sentencia, debe ser tenido en cuenta a la hora de expresar, por escrito —y no de viva voz— tanto el fallo, como —al menos— una sucinta motivación del proceso mental lógico que llevó al Juez a adoptar esa solución y no otra, pues en otro caso, las posibilidades, tanto de solicitud de aclaración, como de recurso podrían resentirse²⁶. Finalmente, ha de advertirse que la sentencia *in voce* tan sólo puede proceder de un juicio verbal dónde, efectivamente, se celebre una vista, pues sería kafkiano convocar a las partes para comunicarles, de forma oral, una respuesta material, sin haberles dado, en ese mismo acto, la oportunidad de alegar y probar sus respectivas pretensiones. En consecuencia, la paradoja está servida: el juicio verbal —a discreción del Juzgador— podrá ser íntegramente escrita —fase de alegaciones y sentencia escritas, sin vista— o prácticamente oral —fase de alegaciones escrita, pero vista y sentencia orales—.

IV. APELACIÓN

La modificación del recurso de apelación nos parece extraordinariamente positiva —y debiera, por cierto, extrapolarse, también al de casación, en este punto— pues da entrada a una nueva regulación en virtud de la cual se desplaza su admisión y tramitación al órgano *ad quem*: con ello, según indica el propio Legislador en la EM, se libera de ese trabajo a los órganos de primera instancia cuyas oficinas tienen mayor saturación y se logra dotar de mayor seguridad jurídica al sistema en cuanto que los criterios de admisión que tienen las propias Audiencias Provinciales serán directamente aplicados en ese trámite. Bienvenida sea esta afortunada concentración, en un único órgano jurisdiccional —la Audiencia Provincial— de unas apelaciones que,

²⁶ En este sentido se ha pronunciado López Yagües, V., *Valoración sobre el Anteproyecto de Ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de resolución de diferencias, Valoración sobre el Anteproyecto de Ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de resolución de diferencias*, documento de alegaciones remitido por la autora, como miembro de CUEMYC, al Ministerio de Justicia en la fase de exposición pública y alegaciones al referido Anteproyecto, y publicado en su página web, 2021.

hasta el momento, se encontraban dispersadas entre los propios Juzgados de primera instancia y las Audiencias, con una segunda —y fatigosa— posibilidad de queja cuando eran inadmitidas por el Juez *a quo*. Esta reforma responde a una realidad esencial y no mágica: la de la concentración —y reunión— en el órgano jurisdiccional que ha de conocer de un asunto —en este caso, la segunda instancia civil— de todos sus avatares —de principio a fin— y no las rocambolescas “idas y venidas” por los distintos órganos jurisdiccionales, que no hacían sino entorpecer, ralentizar y generar gasto al justiciable.

V. COSTAS

Esta entusiasta acogida de la admisión y tramitación del recurso de apelación —véase el nuevo artículo 458. 1 de la LEC: “El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que sea competente para conocer del mismo, en el plazo de veinte días desde la notificación de la resolución impugnada, debiendo acompañarse copia de dicha resolución”— no resulta, sin embargo, extensible, a la del nuevo —e injusto, bajo nuestro punto de vista— sistema de imposición de costas.

Y es que surge, en este momento, una noción nueva, el abuso del servicio público de justicia, que viene a adicionarse a otras, como la mala fe procesal o la temeridad, generalmente caracterizados por la deslealtad a la hora de pergeñar actuaciones procesales concretas: incitación al error, generación de dilaciones indebidas, petición de actuaciones concretas con meros fines dilatorios. Cabría preguntarse, en primer lugar, si realmente era necesaria la construcción de un tercer concepto jurídico indeterminado en nuestro texto procesal civil; o si, por el contrario, no habría sido tanto mejor que se potenciase, también desde el nuevo marco legal, la utilización, por cierto, infrautilizada y desaprovechada en la práctica, de aquellos otros conceptos: la temeridad, de un lado, y la mala fe procesal, de otro.

La simplificación de la Justicia a la que aspiramos no pasa, desde luego, por la permanente construcción de conceptos nuevos, de ulterior desarrollo jurisprudencial; sino antes bien por la amortización de innecesarias duplicidades y efectiva potenciación de los conceptos ya existentes, prácticamente vacíos de rigurosa interpretación y desarrollo, veinte años después, por su escasa utilización. Ante esta evidencia, parece censurable que debamos asistir a la proliferación de nuevos conceptos procesales indeterminados, en lugar de potenciar la fijación de los ya existentes, que perfectamente podrían integrarse con las nuevas orientaciones legales. Una vez creado el

concepto, no nos quedará, en todo caso, más remedio que tratar de perfilarlo: así, el denominado “abuso del servicio público de Justicia” parece referirse a la utilización inapropiada, por desmesurada, irracional o excesiva, de la propia Administración de Justicia.

En la coyuntura de delimitar los límites entre la mala fe procesal y el abuso del servicio público de Justicia, —y sin perjuicio de que serán, como siempre, los Juzgados y Tribunales, quiénes vengán a integrar, paulatinamente, la composición de esta nueva píldora procesal— parece, en principio, razonable identificar la mala fe procesal con la deliberada actuación procesal tendente a procurar, mediante actuaciones concretas, el engaño, el fraude y la dilación en el marco del procedimiento; sin embargo, por contraste, el abuso del servicio público de Justicia habrá de relacionarse, a partir de ahora, con un uso desmesurado, irracional o abusivo de la propia Administración de Justicia²⁷.

La utilización abusiva de nuestra Administración de Justicia comporta —qué duda cabe— una saturación, muchas veces provocada por asuntos triviales, claramente evitables, que provoca la lentitud, sobrecarga y congestión de nuestros Juzgados y Tribunales, pues repercute negativamente en la fluidez, rapidez y dinamismo que debe guiar la celebración cotidiana de nuestros contenciosos²⁸. Y en este sentido, es razonable que se sancione —incluso, con dureza— a quiénes, de forma irracional, egoísta, desmesurada —e, incluso, compulsiva— colapsan nuestros Juzgados y Tribunales, en perjuicio del resto de justiciables.

El problema reside ahora en determinar cuándo es abusivo, en el caso concreto, el uso del servicio público de la Justicia²⁹ y cuando no. El Legisla-

²⁷ Así, Perea González, A., perfila, con acierto, esta distinción, del siguiente modo: “la dualidad de conceptos —mala fe procesal/abuso del servicio público de justicia— puede permitir una mayor concreción de los mismos, reservándose la utilización indebida de los órganos judiciales a la segunda categoría, y quedando la primera como una concepción idónea para las actitudes procesales abusivas verificadas en el más concreto marco del desarrollo procedimental”, en “Breve comentario al concepto de «Abuso del servicio público de Justicia» en el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal”, La Ley 319/2021, pág. 3.

²⁸ Mora-Sanguinetti, J. S., afirma, en este momento, que “el enlentecimiento de la justicia, como resultado de la interposición de una demanda estudiado hasta aquí, es una «externalidad negativa» del ejercicio del derecho fundamental. El sujeto que accede al sistema judicial tiene en cuenta sus costes y sus intereses, pero no asume que afecta negativamente a terceros (a otros ciudadanos y al Estado) al provocar un aumento de la carga de trabajo y de la congestión del sistema”, en “La litigación: externalidades e instrumentos para su racionalización. El caso español”, *ICE: Revista de economía*, núm. 915, 2020.

²⁹ *Vid.*, Castillejo Manzanares, R., quién se refirió, expresamente, a la Justicia como “servicio público”, antes del auge de esta nueva concepción, cuando advirtió que la existencia de un ámbito de resolución de controversias en el que no tiene que intervenir necesariamente un órgano del

dor parece partir de la idea de que siempre es abusivo, pues impone a todos los justiciables —y para todos los casos— el impuesto procesal revolucionario de pasar —o “hacer pasar” bajo una forma teatralizada— su conflicto por alguno de los MASC, con toda su buena fe, a riesgo, en caso contrario, de una multa o de una imposición en costas.

En suma, no se articula un parámetro legal de medición de la racionalización, redistribución y adecuación de los recursos públicos que nos permita inferir que un ciudadano, ante una situación conflictiva, actúa de forma abusiva o no, pues siempre que este ciudadano no se pliegue a ejecutar, con evidenciable buena fe, uno de los MASC, entonces ya podrán imponérsele las costas por utilización abusiva de la Justicia como servicio público sostenible. Y ello aunque sea la primera vez, en su vida, que acuda a un Juzgado: si no se aviene a negociar en un plazo o lo hace sin la debida motivación, entusiasmo y dedicación —bajo la sospecha de no haber depositado, en el acto, toda su “buena fe”— entonces su actuación será abusiva, conforme a los nuevos aires legislativos procesales. Pero no sólo se presume este abuso del servicio público de Justicia del justiciable, sino también del Abogado o perito cuyos honorarios resulten excesivos.

VI. PROCEDIMIENTO TESTIGO Y EXTENSIÓN DE EFECTOS

La importación del procedimiento testigo —y su correlativa extensión de efectos— desde la Jurisdicción contencioso-administrativa, a la civil, comporta, en balance, una apuesta decidida por la dinamización y universalización de la Justicia merecedora de elogio. Ahora bien, el trasvase de una modalidad jurisdiccional, que asume la litigiosidad pública, así la contencioso —administrativa— a otra privada —la civil— no debiera haberse efectuado de forma semiautomática. Al igual que la denominada “inmunidad de rebaño” se alcanzará una vez hayan superado el virus que nos acosa un significativo número de personas, también la “pacificación de rebaño” llegará cuando, a una litigiosidad masiva y sustancialmente idéntica, se la provea de una misma respuesta en un único procedimiento. De ahí que ambas fórmulas —el procedimiento testigo, primero; y la complementaria extensión de efectos, después— resulten imprescindibles, en estos tiempos de cambio: fórmulas que, además, si resultan útiles, vendrán para quedarse.

Estado “no deslegitima en absoluto la función del Estado, y en concreto del Poder Judicial, para la resolución de conflictos, como potestad derivada de la soberanía del Estado y como servicio público de tutela judicial al ciudadano”, en “Estado de la mediación penal en España”, *Revista General de Derecho Procesal de Iustel* nº 49, 2019, pág. 2.

Se denomina “procedimiento testigo civil”³⁰ al único seleccionado por el Juez —en el ámbito contencioso, como se verá, pueden ser dos o más—, de entre una multitud indeterminada de ellos, con “identidad sustancial objetiva” —pues no hay un mínimo legalmente establecido— para ser tramitado, con carácter preferente, a todos ellos, y servirles, cuando alcance firmeza la sentencia que en su día se dicte, de guía, mediante el complementario instituto de la “extensión de efectos”.

El objeto litigioso seleccionado por el ALMEP, en el proyectado artículo 438 *ter* de la LEC, para transitar por el nuevo procedimiento testigo civil nos parece, así sea por contraste a su misma versión primigenia —tanto del propio procedimiento guía, como de su correlativa y complementaria extensión de efectos— en el contencioso-administrativo, excesivamente reducido: Las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia (ex. art. 250.1.14^o LEC).

Además de esta previsión: la única y exclusiva aplicación del procedimiento testigo a las demandas individuales frente a condiciones generales de contratación, se exigen tres requisitos complementarios y del tenor de la norma se infiere, además, que no basta el cumplimiento de uno o algunos de ellos, sino que los tres habrán de ser cumplidos, de forma yuxtapuesta, bajo supervisión del Letrado de la Administración de Justicia, que será quién informe al Juez de la efectiva concurrencia de dichos exigentes presupuestos, con carácter previo a la admisión de la demanda mediante decreto, conforme establece el art. 438.1 LEC.

El primer requisito sustantivo es positivo: que las condiciones generales de contratación cuestionadas tengan “identidad sustancial”; el segundo y tercer requisitos, también sustantivos —aunque con alcance procesal, pues presuponen la “innecesariedad de la prueba”—, son negativos: “que no sea preciso realizar un control de transparencia de la cláusula, ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante”.

³⁰ Ya hemos tenido ocasión de analizar, en detalle, estas fórmulas, en un trabajo, pendiente de publicación, Calaza López, S., “Tutela global del Derecho privado en un contexto de Justicia sostenible”, en “Derecho de daños”, dirigido por los Profres. Asencio Mellado, J.M., y Fernández, M., Ed. Tirant lo Blanch, 2021, en prensa, bajo la dirección de los Profres. Asencio, J.M. y Fernández, M., en el marco de un Proyecto I+D+I, de Retos, titulado “Realidades y retos de la Justicia en la sociedad del riesgo. Una perspectiva procesal del Derecho de daños”, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, con REF DER 2017-87516-P, razón por la que nos conformaremos, en este momento, con efectuar un balance crítico de los aspectos más relevantes.

Estos tres requisitos parecen claros. A partir de aquí ya todo son incógnitas. La Ley no se pronuncia, por ejemplo, al respecto de la existencia de un número mínimo de demandas con tal identidad sustantiva como para entender que exista la referida “litigiosidad masiva”. Parece que el Juez puede —incluso debe— decretar de oficio la suspensión de los procesos masivos y dejarlos en suspenso entre tanto resuelve el proceso guía o testigo. Y también parece que las partes del proceso puedan solicitar la suspensión —no así sus coadyuvantes ni mucho menos los terceros—; aunque no es probable que lo hagan pues, de no ser seleccionado su concreto proceso, como el guía o testigo, preferirán —lógicamente— ventilar, de una vez por todas, su conflicto, antes que quedar a la espera de que se resuelva —satisfactoria o insatisfactoriamente— el proceso testigo: ha de tenerse en cuenta que, al término, sólo pedirán la extensión de efectos si les resulta, total o parcialmente, beneficioso; pudiendo, en otro caso, retomar su proceso, desde el mismo momento en que fue suspendido, para proseguir su cauce en expectativa de obtener otra respuesta.

La Ley tampoco nos indica cuáles son los criterios que lleven al Juez, a adoptar, entre todas las demandas sustancialmente idénticas, cual deba ser la elegida; y hasta parece imponer que sólo una —y no dos o más— pueda erigirse en la demanda guía, testigo o piloto. Esto parece un desatino, pues cuánto mayor sea el ámbito objetivo del procedimiento testigo, mejores serán las posibilidades de extensión de efectos a las demandas que, sucesivamente, se vayan adicionando hasta el momento en que se dicte sentencia. La suspensión operada, de oficio, por el Juez se realizará, si persiste la regulación actual, *inaudita parte*, esto es, sin trámite de oposición, lo que parece muy lesivo para los intereses de los protagonistas de los procesos aplazados, que podrán interponer, ciertamente, una apelación, pero ya comienzan un proceso torpedeado en su inicio: además de la demanda, un recurso —con doble gasto— en lugar de una razonable fase de audiencia y oposición. El procedimiento testigo tendrá, nos dice el ALMEP, tramitación preferente, pero no sabemos —en verdad— si esa tramitación preferente se refiere a que será ventilado con antelación a toda la litigiosidad de ese Juzgado o al resto de procesos que quedan en suspenso. Muchas incógnitas y una absoluta descoordinación entre la sentencia testigo, procedente del “procedimiento de referencia” y la extensión de efectos, promovidas por unas mismas partes.

Por extensión de efectos *proprie dicta* o en sentido estricto cabe entender la autorización judicial, previa instancia de la persona favorecida por esta herramienta procesal —sea parte de un procedimiento anterior apla-

zado, sea un tercero con interés legítimo—, para extender los efectos de una sentencia firme, en fase de ejecución, al conflicto pendiente, en lugar de proseguir con su normal devenir procedimental para, al término, obtener —en expectativa, dada la equivalencia del objeto— una idéntica respuesta. La sentencia testigo podrá irradiar sus efectos, como se acaba de indicar, tanto a los procedimientos suspendidos, a la espera de su firmeza, como sobre las controversias que, versando sobre idéntico objeto, entre distintos justiciables, no llegaron, sin embargo, a entablarse. Y el ALMEP ofrece un mismo y único itinerario procedimental a todos estos conflictos, tanto a los canalizados a través del procedimiento correspondiente, como a los que se suscitan, firme la sentencia testigo, por primera vez. Esto nos parece un grave error en la medida en que obliga a reiterar trámites, perfectamente evitables, a los justiciables veteranos, al tiempo que impone un innecesario doble control judicial. De ahí que nuestra propuesta más contundente, en este punto, pase por reclamar una imprescindible coordinación entre ambas herramientas —procedimiento testigo y extensión de efectos— cuando sean de aplicación, precisamente, a idénticas controversias, de los mismos justiciables y no a terceros, que se estrenan por primera vez, en la técnica de la extensión. Aquí se plantean, de nuevo, múltiples incógnitas: entre otras, si cabe una solicitud de extensión de efectos selectiva —de aplicación en lo favorable y no en lo adverso— o si cabe una “ejecución sustitutoria” —ante la imposibilidad de ejecutar, en sus justos términos, la sentencia testigo— y algunas objeciones: el plazo de un año es claramente insuficiente para que todos los afectados por una litigiosidad masiva tengan puntual conocimiento de la existencia de una sentencia definitiva —¡y firme!— para solicitar la extensión de efectos.

VII. CASACIÓN CIVIL

La casación civil ha sido, ¡por fin!, reformada: ya sabemos que 20 años no es nada para una “relación amorosa” —la del tango de Carlos Gardel— pero sí para los justiciables que deseaban acceder, “con la frente marchita”, al más alto Tribunal, para obtener una respuesta última e igualitaria a su conflicto, y se encontraban con un complejísimo —e insoportable— régimen transitorio, fruto de una regulación imposible, que nunca —por suerte— se llegó a estrenar³¹.

³¹ Hemos analizado, con todo detalle, esta regulación de la casación, en un trabajo muy reciente, Calaza López, “El papel estelar del interés casacional en la inminente reforma de la casación”, en *Estudios sobre el recurso de casación civil: fase de admisión*, dirigido por el Prof. Hualde

En la exposición de motivos se afirma, con todo acierto, que “la supeditación del recurso por infracción procesal a la previa acreditación del interés casacional por vulneración de una norma sustantiva constituye una dificultad considerable para los litigantes que, además, limita injustificadamente la función nomofiláctica del Tribunal Supremo en la interpretación de normas procesales que pueden ser trascendentes en la calidad de la tutela judicial que se presta desde la jurisdicción civil”.

Esta afirmación es de una evidencia manifiesta. Ya tuvimos ocasión de anticipar esta propuesta y nos congratulamos de que hoy sea la letra de la Ley pendiente de aprobación. Y es que la casación, tras la disruptiva —y desafortunada reforma— del año 2000, vuelve a unificarse, de suerte que lo procesal se fusiona, de nuevo, con lo material y la admisión de la casación por un motivo ya no depende del otro, resultando, en todo caso razonable que, de interponerse, como sucederá en un buen número de ocasiones, una sola casación por ambos tipos de infracciones —material y procesal— los Magistrados comiencen a conocer antes de la procesal, que de la sustantivo, una vez realizado el oportuno “juicio de relevancia” respecto de la efectiva incidencia decisiva de la infracción formal sobre el resultado material o sentido final de la sentencia.

La reforma operada por el ALMEP pretende “por un lado, simplificar la concepción del recurso, mediante la previsión de un único recurso de casación que no depende del tipo o cuantía del proceso y que se adentra en el interés casacional de la interpretación de las normas, tanto sustantivas como procesales. Por otro lado, se pretende fortalecer el interés casacional, que es el que mejor simboliza la función social del Tribunal Supremo, como cauce único de acceso al recurso, pero simplificando su definición. Existirá interés casacional, sustantivo o procesal, cuando la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia de la Sala Primera, o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente en el recurso de casación autonómico, resuelva una cuestión sobre la que no exista jurisprudencia de dichos tribunales o haya pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales”.

López. I. D., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2020, —coordinado por el Prof. Hualde, en el marco de su Proyecto de investigación I+D+I “Los criterios de admisión del recurso de casación civil en España: análisis y posibilidades de reforma a la luz de la experiencia francesa y el certiorari norteamericano”, financiado por el Ministerio de economía, industria y competitividad (DER 2017-82515-P)— razón por la que —para evitar duplicidades— no nos detendremos aquí, en reafirmar la conveniencia y necesidad de la reforma. Pero sí en admitir que esta reforma ha incorporado todas y cada una de nuestras propuestas, a las que nos referiremos, en el texto, muy brevemente.

Las causas o motivos de casación, por fin, se refunden en uno: el interés casacional objetivo, por ser el único global y comprensivo de las tres funciones de la casación —nomofiláctica, tuitiva y unificadora— con una definitiva apuesta por el reforzamiento de esta última. Así, la sola infracción normativa (función nomofiláctica) —procesal o material, ordinaria o constitucional, de escasa cuantía económica o elevada suma de gravamen— no debiera ser suficiente para poner en marcha un procedimiento casacional dirigido, también en exclusiva a la defensa del justiciable en su interés particular o privado (función tuitiva), sino que a ambas proyecciones, derivadas o naturales manifestaciones casacionales, debiera unirse, de manera ineludible, una tercera, la de la verificación de que esa concreta infracción jurídica, susceptible de reparación, presenta un interés público, general, colectivo y objetivo de mayor alcance, pudiendo su judicialización en vía casacional, irradiar efectos, no sólo sobre el justiciable agredido en su derecho y/o interés legítimo, sino también sobre la misma sociedad, pues la sentencia de casación que, en su día se dicte, con ocasión de esa infracción, contribuirá a la creación, consolidación, modificación y/o supervisión de la relevante doctrina jurisprudencial, que complementará el ordenamiento jurídico.

El artículo 477 de la LEC, conforme a la nueva redacción operada por el ALMEP, establece, en su apartado segundo, que “el recurso de casación habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional. No obstante, podrá interponerse en todo caso recurso de casación contra sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución, aun cuando no concurra interés casacional”. Este mismo precepto identifica, en su apartado tercero, el interés casacional con su clásico trípode identificador, de la siguiente forma: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la resolución recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas sobre las que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales”.

La detección temprana de un interés casacional objetivo es de tal dificultad que no parecía razonable cerrar herméticamente, mediante el establecimiento legal de un *numerus clausus*, ni siquiera tan amplio como el expuesto, los motivos de casación. Parece, pues, más razonable que la apreciación de este interés casacional objetivo participe de un sistema mixto, en el que coexistan motivos imperativos, con soluciones de libre apreciación —discrecionalidad— judicial.

Quizás sea por ello, que el Legislador, de nuevo con buen criterio, amplía estos motivos, a uno más: el interés general. Así, el apartado quinto de este mismo artículo 477, señala que “en todo caso, se considerará que el recurso presenta interés casacional cuando la resolución impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica”. Y aquí cabe ya cualquier motivo que la Sala primera entienda digno de especial consideración, por su alcance general, global y universal.

El sistema de acceso ha de estar, eso sí, perfectamente reglado, pues el conocimiento apriorístico de las casaciones que tienen mayores probabilidades de prosperar, frente a las que carecen —y ya puede apreciarse desde un momento incipiente— del menor interés casacional, favorecerá, ya de entrada, la minoración de las inadmisiones por motivos formales y, con ella, de la litigiosidad ambulatoria, entendiéndose por tal, si se me permite el lenguaje sanitario, las que no precisan “ingreso” casacional.

Resulta evidente que la detección del “interés casacional” corresponderá al TS, tras la celebración de un proceso perfectamente pautado, y no al mismo inicio, que incluso —dado que se mantiene el pernicioso carácter devolutivo— corresponde a un órgano distinto, al que no se debiera encomendar, por cierto, tan relevante misión como la de decidir, en un momento tan incipiente si existe o no interés casacional objetivo para la creación, consolidación, modificación y/o supervisión de la jurisprudencia.

Y en este momento, el Legislador del ALMEP acoge, de buen grado, en el propio marco legal, un buen número de premisas incorporadas a los distintos acuerdos sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, de la Junta General de Magistrados de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y es que el propio TS, en sus reiterados Acuerdos, nos ha advertido, en no pocas ocasiones, del pernicioso hábito supuesto por la constante presentación de recursos carentes del menor atisbo de prosperabilidad casacional, así como de otros, cuyas posibilidades de admisión se ven mi-

noradas, precisamente, por haberse elaborado sin el debido rigor técnico, así como con una estructura, sistemática y método caracterizados por una extensión desmesurada, una introducción de largos antecedentes con alegaciones y argumentos reiterativos, entremezclados, confusos, oscuros e, incluso, contradictorios.

La deficiente elaboración de un recurso de casación no debiera, en principio, erigirse en motivo de inadmisión, pero lo cierto es que la omisión de una precisa identificación de la norma infringida; de una minuciosa, detallada y razonada exposición de esta infracción, que permita reconocer perfectamente el conflicto jurídico; así como de una justificación suficiente, y con la debida claridad, de la efectiva concurrencia del “interés casacional” afectado por la concreta modalidad seleccionada, comportará, como parece razonable, que no deba prosperar dicho recurso, ni tan siquiera en esta iniciática fase procesal, por tratarse de una casación abocada al más absoluto fracaso.

El establecimiento legal de una técnica casacional muy depurada, con un modelo preestablecido, conforme a las pautas de claridad, precisión, concisión y extensión enunciadas, eludirá o, al menos, reducirá, a buen seguro, las críticas inadmisiones de la casación por defectos meramente formales, con el consiguiente sacrificio de la reparación de vicios materiales de gran enjundia jurídica.

Y seguramente por ello el Legislador se ha detenido a regular, en detalle, en el art. 481 de la LEC, el contenido del recurso de casación, conforme a los siguientes parámetros:

Primero: En el escrito de interposición se expresará la norma procesal o sustantiva infringida, precisando, en las peticiones, la doctrina jurisprudencial que se interesa de la Sala, en su caso, y los pronunciamientos correspondientes sobre el objeto del pleito. También se podrá pedir la celebración de vista, que solo tendrá lugar si el tribunal lo considera necesario.

Segundo: El recurso de casación se articulará en motivos. No podrán acumularse en un mismo motivo infracciones diferentes³².

³² La Junta General de Magistrados de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (en su Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017) entendía, en este sentido que “cuando se alegue más de una infracción, cada una de ellas debe ser formulada en un motivo distinto y todos ellos deben ser numerados correlativamente. Para lograr la debida claridad debe citarse con precisión la norma o jurisprudencia que se consideren infringidos. Por la misma razón, no cabe la cita de un precepto seguido de fórmulas tales como “y siguientes”, “y concordantes”, o similares para identificar la infracción legal que se considere cometida. Tampoco cabe la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo, ni la cita de preceptos de carácter genérico que pueda comportar ambigüedad o indefinición”.

Tercero: Solo podrán denunciarse las infracciones que sean relevantes para el fallo, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Audiencia Provincial.

Cuarto: Cada motivo se iniciará con un encabezamiento, que contendrá la cita precisa de la norma infringida y el resumen de la infracción cometida.

Quinto: En el desarrollo de cada motivo se expondrán los fundamentos del mismo, sin apartarse del contenido esencial del encabezamiento y con la claridad expositiva necesaria para permitir la identificación del problema jurídico planteado.

Sexto: Al escrito de interposición se acompañarán certificación de la sentencia impugnada y, cuando sea procedente, texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional.

Séptimo: En su caso, en el escrito de interposición, además de fundamentarse el recurso de casación, se habrá de manifestar razonadamente cuanto se refiera a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida.

Octavo: La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el Boletín Oficial del Estado, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas al formato en el que deban ser presentados, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos³³.

Ha de advertirse que, para lograr este objetivo, la transparencia y publicidad de la denegación casacional es tanto o más relevante que la de la aceptación, pues los Letrados podrán especializarse, gracias a esta ilustrativa información, en una sofisticada técnica casacional, y con ello no solo dotar de un mayor rigor y solvencia jurídica al conflicto casacional, sino evitar las perniciosas situaciones de pendencia, de inseguridad jurídica, de ralentización y de colapso de la Justicia así como, incluso, de receso económico.

La imperiosa necesidad de acertar, de una vez por todas, con la casación nos impulsa a considerar que, una vez superadas las altas barreras del “interés casacional objetivo” y del “interés general”, que pronto estrenaremos,

³³ La Junta General de Magistrados de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (en su Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017) ha llegado, en este punto, a la siguiente conclusión: Una extensión excesiva puede ser considerada innecesaria y, en consecuencia, puede dar lugar a la inadmisión del recurso. La sala considera que, por lo general, es suficiente una extensión de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Roman con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen”.

ese procedimiento debiera simplificarse al máximo para ser ágil, expeditivo y adaptado al rápido discurrir de los tiempos, en los que, muchas veces, la fugacidad de las Leyes dificulta —o incluso, imposibilita— la creación, mantenimiento y simetría de la jurisprudencia que, precisamente en este último estadio judicial, se pretende alcanzar y ojalá, consolidar.

VIII. CONCLUSIONES

Durante la fase más aguda del confinamiento, afrontamos, de forma “visionaria” cuales creíamos que serían los ejes de reforma de la Justicia civil, a sabiendas de que la pandemia sanitaria traería, a su paso, una pandemia económica, seguida de otra judicial. Acertamos en dos o tres ejes. Una vez concluida esta primera fase de hibernación, y al mismo comienzo de la desescalada, presentimos otros tantos ejes de reforma de la Justicia civil, conscientes de toda la litigiosidad que estaba por venir. Acertamos en otros dos o tres. Pasado el verano, y en pleno memorial de la Fundación Serra, con cierta perspectiva, desde el momento más calamitoso, pero antes de llegar los Anteproyectos, volvimos a asumir el reto de predecir cuáles serían estos ejes. Hicimos pleno, con una sola excepción: la simplificación de la Justicia. Al legislador no parece importarle la simplificación en sentido estricto: Simplificar es reducir —tenemos dos procesos ordinarios, trece sumarios y treinta y dos especiales, con un total de 47 procesos civiles³⁴—; simplificar es fusionar —procesos declarativos y ejecutivos³⁵ debieran con-

³⁴ *Vid.*, en este sentido, Gimeno Sendra, V., quién nos recordó, hace muy poco tiempo, que “nuestro sistema procesal cuenta nada menos que con 32 procesos especiales y 13 sumarios lo que arroja un saldo total de 45 procesos sumarios y especiales. Desde luego esta situación es completamente anómala en Europa, en donde se pueden contar con los dedos de una mano el número de procesos especiales y sumarios”, en “La abolición del juicio verbal y de los procesos especiales y sumarios”, *Revista General de Derecho Procesal de Iustel* n° 51, 2020, pág. 8: *Vid.*, posteriormente, esta reflexión del mismo autor, en *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, Ed. BOE, 2020, pág. 72.

³⁵ Pasqual del Riquelme Herrero, M.A., advierte, en este sentido que “uno de los niveles en que se pone de manifiesto la conexión entre economía y sistema legal y judicial es el referido a los aspectos operacionales de la Administración de Justicia, donde el factor decisivo es la celeridad del sistema judicial en dar respuesta a la conflictividad judicializada y en ejecutar con prontitud y eficacia sus decisiones. Es evidente que durante la tramitación de un procedimiento judicial y hasta su resolución definitiva meses o años después, se extraen del mercado capitales, bienes y servicios que quedan depositados o retenidos por una instancia judicial, o simplemente resguardados por sus titulares a la espera de la decisión judicial. Un mal funcionamiento de la Justicia no solo disminuye el atractivo de un territorio para nuevas inversiones, sino que lastra también el funcionamiento del tejido productivo y comercial ya existente, haciéndolo menos competitivo. En este sentido, todos los estudios e informes coinciden en constatar que la globalización y la fluidez de los mercados proporcionan ventajas comparativas a aquellas regiones que sepan

vertirse en una unidad, derivando el pago, directamente, a la Administración tributaria—; simplificar es ahorrar tiempo y dinero al justiciable —no imponerle nuevos presupuestos procesales, de financiación privada, como los MASC—; simplificar es unificar —bienvenida sea la tutela colectiva, la unificación de trámites ante un mismo Juzgado en la apelación y el triunfo del “interés casacional”, así como del “interés general” en la casación. Como puede observarse, el ALMEP conjuga “golpes de realidad procesal” de extraordinaria valía —que esperamos se integren adecuada e inmediatamente a nuestro sistema— con espejismos, pensamientos mágicos o realidades deformadas, que convendría revisar.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Albertos Abellán, A., “Brecha digital y derecho a la asistencia jurídica gratuita”, <https://confilegal.com/20201119-opinion-brecha-digital-y-derecho-a-la-asistencia-juridica-gratuita/>
- Aragóns Seijo, S., “Novedades en el proceso civil del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *La Ley* 318/2021
- Calaza López, S., “La desescalada judicial tras la hibernación provocada por el coronavirus COVID-19”, *Legal Today*, Thomson Reuters Aranzadi, 29 de abril de 2020.
- “Plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma”, *Legal Today*, Thomson Reuters Aranzadi, 5 de mayo de 2020.
 - “Reactivación y dinamización de la Justicia en tiempo de crisis post-pandemia”, *Diario La Ley* nº 9631, 13 de mayo de 2020
 - “Ejes esenciales de la Justicia post-COVID”, *Diario La Ley* nº9737, 17 de noviembre de 2020.
 - “El papel estelar del interés casacional en la inminente reforma de la casación”, en *Estudios sobre el recurso de casación civil: fase de admisión*, dirigido por el Prof. Hualde López. I. D., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
 - “Tutela global del Derecho privado en un contexto de Justicia sostenible”, en *Derecho de daños*, dirigido por los Profres. Asencio Mellado, J.M., y Fernández, M., Ed. Tirant lo Blanch, 2021, en prensa.
 - “El proceso judicial como *ultima ratio*: de la alternatividad a la obligatoriedad de los “medios adecuados de solución de conflictos”, en *Un modelo de justicia para el siglo XXI: Justicia alternativa, Justicia negociada, Justicia informal*, dirigido por el Prof. Roca Martínez, J.M., Ed. Tirant lo Blanch, 2021, en prensa.

desmarcarse por la mejor calidad y eficacia de su sistema judicial”, en “Diálogos para el futuro judicial XVI. Justicia y Economía: Poder Judicial y creación de riqueza” (con Perea González, A.; Mora-Sanguinetti, J.s.; Cohen Benchetrit, A., Partido Figueroa, R.), *La Ley* 15222/2020, pág. 4.

- “No hay pandemia que no remita: Hoja de ruta de la *Rebus sic stantibus*”, *Actualidad civil* nº1, Ed. La Ley, enero de 2021.
- Castillejo Manzanares, R., “Estado de la mediación penal en España”, *Revista General de Derecho Procesal de Iustel* nº 49, 2019.
- De la Oliva Santos, A., “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 39, septiembre-octubre 2011.
- Delgado Martín, J., “Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la justicia”, *Diario La Ley* nº 9781, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 1 de febrero de 2021, Wolters Kluwer
- Gimeno Sendra, V., “La abolición del juicio verbal y de los procesos especiales y sumarios”, *Revista General de Derecho Procesal de Iustel* nº 51, 2020.
- *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, Ed. BOE, 2020.
- Jimeno Bulnes, M., “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa?: una perspectiva europea y española”, *Diario La Ley* nº 8624, 2015
- “Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias”, en *Derecho y proceso: Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Vol. 2, Ed. Atelier, Madrid, 2018.
 - “Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias”, en *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- López Yagües, V., “La inserción de la mediación en un sistema integrado de justicia civil para España y Europa. El modelo italiano como referente”, en Castillejo Manzanares, R., *Nuevos debates en relación con la mediación penal, civil y mercantil*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2018.
- “Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios en un Sistema integrado de Justicia Civil”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* nº 137, 2019.
 - *Valoración sobre el Anteproyecto de Ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de resolución de diferencias*, documento de alegaciones remitido por la autora, como miembro de CUEMYC, al Ministerio de Justicia en la fase de exposición pública y alegaciones al referido Anteproyecto, y publicado en su página web, 2021.
- Martín Benítez, G., “Delibes, Garrigues...y las normas antiabuso (otra vez)”, <http://fiscalblog.es/?p=6177>.
- Mora-Sanguinetti, J. S., “La litigación: externalidades e instrumentos para su racionalización. El caso español”, *ICE: Revista de economía*, núm. 915, 2020.
- Moreno Catena, V., “Del litigio judicial a modos diferentes de resolver los conflictos jurídicos”, en Castillejo Manzanares, R., *Nuevos debates en relación con la mediación penal, civil y mercantil*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2018.
- Murciano Álvarez, G., “Las dos caras del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio Público de Justicia”, <https://blog.sepin.es/2020/12/anteproyecto-ley-medidas-eficiencia-procesal-servicio-publico-justicia/>

- Nieva Fenoll, J., “Mediación y arbitraje: ¿una ilusión decepcionante?”, *Revista General de Derecho Procesal de Iustel* nº 39, 2016.
- Perea González, A., “Breve comentario al concepto de «Abuso del servicio público de Justicia» en el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal”, *La Ley* 319/2021.
- Perea González, A.; Pasqual Del Riquelme Herrero, M.a.; Mora-Sanguinetti, J.s.; Cohen Benchetrit, A., Partido Figueroa, R., “Diálogos para el futuro judicial XVI. Justicia y Economía: Poder Judicial y creación de riqueza”, *La Ley* 15222/2020.
- Pérez Daudí, V., “La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *InDret* 2/2019.
- *Las TICS y la resolución de conflictos: de los ADR a los ODR y de la justicia a la ciberjusticia*, en prensa, 2021: me ha posibilitado su lectura la cortesía del autor.
- Pillado González, E., “Aplicación de los principios de la justicia terapéutica al derecho de familia”, en *Los conflictos de Derecho de familia desde la Justicia terapéutica*, Ed. Bosch, Madrid, 2020.
- Ramos Mendez, F., *Elogio de la nada procesal*, Et. Atelier, Barcelona, 2018.
- Ramos Romeu, F., “¿Puede el Juez contribuir a reducir la litigiosidad?”, *La sociedad litigiosa*, (Dir. F. Gutiérrez-Alviz Conradi) *Cuadernos de Derecho Judicial* nº13-2007 CGPJ, Madrid, 2008.
- Tuset Varela, D., “La justicia descentralizada como sistema de resolución alternativa de conflictos”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 54, 2020.

TRIBUNALES DE JUSTICIA Y AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA TRAS LA DIRECTIVA ECN+¹

NATIONAL COURTS AND COMPETITION AUTHORITIES AFTER ECN+ DIRECTIVE. THE SPANISH CASE

Jesús Miguel HERNÁNDEZ GALILEA

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Oviedo

hgalilea@uniovi.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA. III. LA COMPLEJA INTERRELACIÓN ENTRE TRIBUNALES Y AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA. 1. El carácter vinculante de las resoluciones de las autoridades de competencia. 2. Mecanismos de colaboración de las autoridades competencia con los jueces nacionales. 3. Facultades ejecutivas de las autoridades de competencia y ejercicio privado de acciones. IV. NOVEDADES Y DESAJUSTES EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL. 1. Los diversos tipos de prejudicialidad en el derecho de la competencia. 2. Un nuevo tipo de documento secreto y las consecuencias de su uso ilícito. 3. Posibles inmunidades frente a procesos criminales. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La normativa europea sobre derecho de la competencia de los últimos años, cuyo último exponente es la Directiva (UE), 2019/1, ha supuesto la incorporación al ordenamiento procesal civil interno de instrumentos hasta ahora desconocidos, con el objetivo de conseguir una defensa del libre mercado homogénea y efectiva. Pero las herramientas para lograrlo pueden provocar distorsiones en nuestro sistema de justicia, especialmente en las relaciones entre las autoridades de competencia y los tribunales o en materia de prejudicialidad, así como el establecimiento de regímenes de inmunidad hasta ahora inexistentes. Además, se dificulta el ejercicio de acciones independientes por los particulares y la creación de jurisprudencia civil en materia de derecho de la competencia. El trabajo pretende destacar los cambios más relevantes producidos y las repercusiones que están teniendo o pueden llegar a tener.

¹ Directiva (UE), 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 *encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior* conocida por las siglas en inglés de su nombre abreviado (European Competition Network plus. [i.e. reforzamiento]).

Palabras clave: Proceso Civil, derecho de la competencia, ECN+, prejudicialidad, programas de clemencia, inmunidad

Abstract: European Competition Law of late, including the Directive 2019/1, is introducing unknown tools within the Spanish civil procedural system. The target of these regulations is to ensure an homogeneous and effective defense of the free market. However, these new procedural tools can cause distortions in Spanish justice system, particularly in the relationships between the competition authorities and the courts or in matters of preliminary judgments and will lead to establish immunity regimes never existing before in Spain. In addition, due to this new regulation, stand-alone actions may be hampered and, therefore, the case law making on the matter. This work aims to highlight the most relevant changes have been done and the impact they may have.

Keywords: Civil Justice, Competition Law, ECN+ Directive, estoppel, whistle blower immunity.

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

AC	Autoridad/Autoridades de la Competencia
ANC	Autoridad/Autoridades Nacionales de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
DD	Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 <i>relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea</i> (conocida como Directiva de Daños)
DENC+	Directiva (UE), 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 <i>encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior</i>
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEC	Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil
STJUE	Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Competencia ha recibido siempre una especial atención en el ámbito de la Unión Europea, pues afecta a la realidad del libre mercado, aspecto clave desde el origen de la Unión e incluido desde entonces

entre sus las atribuciones normativas de la Comunidad Europea. Pero su importancia se ha hecho más patente en los últimos tiempos, tanto por el despliegue normativo llevado a cabo para armonizar las regulaciones de los estados miembros en esta materia, como por las cuantiosas multas que la Comisión y las ANC han impuesto a las empresas infractoras.

Un despliegue normativo abundante, acompañado de comunicaciones, criterios, guías, documentos de trabajo, etc., que han hecho de esta materia algo dinámico y ciertamente peculiar. Dinámico, porque la Comisión Europea no está teniendo ningún empacho en dictar cuantas disposiciones considera necesarias para asegurar su eficacia o quizá, más precisamente, para garantizar la eficacia de las facultades ejecutivas de la Comisión y las ANC; y peculiar, porque esta materia siempre lo es, ya que confluyen en ella intereses generales y particulares, públicos y privados, que amplifican sus repercusiones.

Desde el punto de vista procesal civil, esto ha supuesto cambios significativos que han provocado un gran interés en la doctrina, también por el hecho de que parecen consolidar la tendencia hacia la construcción de un derecho procesal civil europeo. La aparición de estas incursiones en el derecho procesal está entrelazada con los vaivenes del ajuste del derecho de la competencia europeo a la globalización, y conecta con la progresiva importancia de los planteamientos económicos en el derecho europeo de la competencia, de influencia estadounidense². Su origen está en la década de los 90 del siglo pasado y se materializó en el Reglamento 1/2003³, que, en nuestro derecho interno, dio origen a la modificación de la LDC llevada a cabo en 2007.

Haciendo una síntesis, necesariamente inexacta, podríamos decir que la influencia del derecho sustantivo de la competencia estadounidense se dejó ver, entre otras cosas, en la descentralización de la aplicación de los entonces arts. 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea —hoy arts. 101 y 102 del TFUE—, a través de la aplicación conjunta por las ANC y la Comisión. Descentralización que pronto se mostró como un riesgo para la aplicación homogénea y llevó a la creación de la Red Europea de Competencia⁴ y a una progresiva recentralización consumada con la DECN+.

² Sobre la evolución origen y consecuencias de esta tendencia *vid.* extensamente WITT, A. C. *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (2016).

³ Reglamento (CE), n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado

⁴ *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* Diario Oficial de la UE de 27/04/2004, 0043-0053

Los objetivos perseguidos por estas regulaciones son un ejercicio de equilibrio: conseguir la modernización del derecho de la competencia europea, pero sin dispersiones interpretativas; la flexibilización de la aplicación y de los conceptos, dependiendo de la eficiencia económica, pero sin que cada país aproveche para ir por su cuenta; la promoción del resarcimiento de los daños, especialmente a los consumidores, pero sin las consecuencias negativas de las *class actions*; conseguir que los tribunales nacionales acepten los criterios de la Comisión, pero respetando su independencia. Todo esto, y algunas cosas más, es lo que subyace en esta normativa. Una mezcla intrincada de tendencias e intereses, manifestados abiertamente en algunos casos, escondidos en otros, a veces contradictorios, con diferentes actores y diferentes niveles, tanto normativos como de aplicación. Y, evidentemente, uno de los puntos neurálgicos era conseguir hacer compatible la existencia de las jurisdicciones nacionales con esa aplicación homogénea que se considera imprescindible⁵. Sobre todo por la concurrencia de competencias jurisdiccionales civiles y administrativas que se da en el derecho de la competencia sobre la misma materia.

La confluencia de facultades administrativas y jurisdiccionales civiles sobre una misma materia no es un fenómeno único del derecho de la competencia, sino que se está extendiendo a otros ámbitos, por la aparición de nuevos tipos de procesos normativos complejos, debidos a una mayor autonomía y competencias de las agencias, y a la aparición de regulaciones y certificaciones privadas⁶. En relación con ello, la doctrina ha advertido que este nuevo modelo normativo se caracteriza por que el control político y judicial es débil y por la proliferación de agencias y organismos independientes. Se le ha llegado a poner un nombre: *agencificación*⁷. La creación de organismos reguladores y supervisores independientes, como las agencias de protección de datos, de control de la energía, de la propiedad intelectual, etc., desplazan hacia la jurisdicción contencioso administrativa la aplicación de normas hasta ahora pertenecientes al derecho privado. Podría incluirse

⁵ Gerber D. J. "Two Forms of Modernization in European Competition Law" *Fordham International Law Journal* vol. 31, 5 (2007), 1235-1265.

⁶ Cf. Partiti, E. "Orchestration as a form of public action: The EU engagement with voluntary sustainability standards" *European Law Journal* 1, vol. 25 (2019), 94-95.

⁷ Vid. Andrés Sáez de Santamaría, P. "El estado de Derecho en el sistema institucional de la unión europea: realidades y desafíos" en *Estado de Derecho y Unión Europea*, dirs. Liñán Noguerras y Martín Rodríguez (Madrid, 2018), 146-148. Vid. tb. en relación con este problema, la *Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de febrero de 2019, sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas* [2018/2114(INI)].

dentro de esta tendencia el Tribunal Unificado e Patentes como organismo autónomo con funciones jurisdiccionales, aplicable a las patentes europeas con efecto unitario⁸.

Todo esto merece una reflexión detenida, especialmente desde el ámbito del derecho procesal, que aquí no es posible hacer, que contribuya a que la función jurisdiccional, y su específica posición en la aplicación del derecho, no se pierdan de vista en el desarrollo del derecho de la Unión Europea. En este trabajo me limito a un aspecto concreto de este fenómeno en relación con el derecho de la competencia que es la compleja interacción entre las AC y los tribunales, comenzando por exponer la problemática derivada de la armonización procesal, para exponer después algunos desajustes derivados de la reciente normativa europea.

II. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

A diferencia de lo que sucede con otras materias, en las que se deja en manos de los estados miembros la implementación de las normas procesales que aseguren la protección de los derechos —estableciendo, como mucho, unos mínimos que deben cumplirse (armonización negativa)—, en el caso del derecho de la competencia, las normas europeas han descendido al ámbito procesal con mecanismos e instituciones concretas, configurando un marco procesal específico (armonización positiva). Con ello, como ha puesto de relieve Gascón Inchausti, se sitúa a los legisladores nacionales en una posición difícil, pues se les obliga a injertar elementos ajenos en sus sistemas procesales, con el riesgo de romper su coherencia⁹.

La oportunidad y justificación de esta técnica positiva de armonización procesal ha sido objeto de valoraciones de diverso signo. Algunos autores la han considerado una intromisión innecesaria y perturbadora que, no solo desconoce el principio general de autonomía procesal de los estados miembros, sino que impide el desarrollo armónico y original del proceso de cada estado y elimina la posibilidad de una sana competencia entre los sistemas de justicia de los diferentes estados¹⁰. Para otros, esta armonización posi-

⁸ Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes DOUE (2013/C 175/01), de 19 de febrero de 2013, pendiente de la firma de algunos países, entre otros España, para su entrada en vigor.

⁹ Gascón Inchausti, F. *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización* (2018), 15-37 y 139.

¹⁰ Alfaró Águila-Real, J. “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia”, *InDret* 3 (2009), 2-35, *passim*.

tiva puede servir para modernizar los sistemas procesales, introduciendo mecanismos presentes en otros países. En todo caso cabe apreciar un general rechazo al modo en que se ha traspuesto la DD¹¹. Y en este punto debe aclararse que existía una gran diferencia entre la propuesta de la Comisión Nacional de Codificación¹² y el texto que finalmente fue aprobado. La propuesta inicial permitía una trasposición de la directiva de modo más abierto, no restringido al derecho de la competencia, que incluía una reelaboración de las diligencias preliminares y de la exhibición de documentos de la LEC. La reforma aprobada, por el contrario, se limitó a la estricta trasposición de la DD con una ubicación ciertamente extraña en la LEC y perturbadora desde el punto de vista sistemático¹³.

El sustrato común en toda esta normativa es el reforzamiento del poder de actuación de la Comisión y de la dependencia de ella de las ANC. Pero, junto a él, tanto en los documentos de trabajo previos como en los considerandos del Reglamento 1/2003 y de las directivas, se ha hecho siempre referencia a la importancia de conseguir, además de la libertad de mercado y la persecución de las infracciones, el resarcimiento de los daños ocasionados¹⁴. E igualmente se ha hecho siempre mención, en todos ellos, a la importancia de la aplicación privada del derecho de la competencia, aunque sin remover ninguno de los obstáculos que la están dificultando.

Para conseguir una aplicación homogénea del derecho de la competencia, las AC cuentan con la facultad exclusiva y excluyente de sancionar y, previamente, apreciar la existencia de infracciones, cuestión esta última compartida con los juzgados civiles. Como las ANC están sometidas a la Comisión, la aplicación homogénea está garantizada en este ámbito sancionador, pues las discrepancias jurisprudenciales que puedan existir entre

¹¹ Díez-Picazo, I. "Sobre algunas dificultades para la llamada «aplicación privada» de las normas de competencia en España" en *1989-2007. Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia – Libro marrón del Círculo de Empresarios* (Madrid, 2008), 53-74, *passim*. Vid. Tb. Sopena Blanco V. y Martín Martín G. "La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida" *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 17 (2015), 2-3.

¹² Propuesta de Ley de la Sección Especial para la Trasposición de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 del Ministerio de Justicia, sin fecha. Disponible en la página web del Ministerio.

¹³ Vid. Gascón Inchausti, F. "Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición" *Cuadernos de Derecho Transnacional* 1, vol. 9 (2017), 125-126 y González Granda, P. "La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y a su naturaleza jurídica" *Justicia*, 2 (2017), 117-121.

¹⁴ Considerando 7 del Reglamento 1/2003 y Considerandos 4-6 de la DD.

los estados miembros pueden llevar a la Comisión a reservarse los nuevos expedientes sobre esos asuntos dudosos o conflictivos¹⁵, provocando con ello que, en caso de recurso, sea el TJUE quien se pronuncie.

No ocurre lo mismo con el ejercicio de acciones por particulares, donde también pueden producirse disparidades jurisprudenciales entre los altos tribunales nacionales, pero no existe un mecanismo de unificación. Como el riesgo de discrepancias jurisprudenciales es inevitable, lo que se ha hecho en este caso es garantizar a las AC una posición privilegiada en el proceso civil, de manera que, en los supuestos en que los particulares ejerciten acciones derivadas de infracciones —declaradas o presuntas—, exista la posibilidad de una inmediata intervención de las AC.

El resultado de todo ello es que el control jurisdiccional sobre la aplicación y cumplimiento de estas normas de naturaleza híbrida —mercantil, pero con repercusiones de interés general— se sitúa, de manera general, en el orden contencioso administrativo, aunque, la posibilidad de reclamaciones indemnizatorias por particulares, siga haciendo posible un control de los tribunales civiles que, sin embargo, contarán con la posible presencia en el proceso de las AC.

Ese es el contexto en el que se han producido las reformas en nuestro país. Reformas que, como dijimos, tienen su origen en el Reglamento 1/2003, aunque se materializaron de la mano de la modificación de la LDC llevada a cabo en 2007. En la disposición adicional segunda de esta última se introdujeron numerosas modificaciones en la LEC, destinadas a hacer posible esa colaboración entre tribunales y autoridades nacionales de la competencia.

En ese mismo año 2007, se atribuyó la competencia en materia de derecho de la competencia a los juzgados de lo mercantil, mediante la disposición final primera de la Ley Orgánica 13/2007. En 2017, a través del Real Decreto-ley 9/2017, se traspusieron las previsiones procesales de la DD, mediante la introducción en la LEC de una nueva sección y once artículos dentro del capítulo dedicado a las disposiciones generales de la prueba. Finalmente, nos encontramos ahora con una nueva DECN+ que, junto a su objetivo fundamental de *fortalecimiento de la actuación de la Comisión y las autoridades de la competencia de los estados miembros*, incluye nuevamente normas procesales. Como veremos, se trata de normas que necesitan una contextualización adecuada, así como el análisis de la finalidad que persiguen, de modo que puedan trasponerse de forma armónica con el

¹⁵ Art. 11.6 Reglamento 1/2003.

resto del ordenamiento procesal, sin duplicidades ni reiteraciones y evitando dejar sin resolver cuestiones que tarde o temprano van a surgir.

Cabe plantearse cuáles son los límites dentro de los que la armonización debe mantenerse, de manera que se respete la función jurisdiccional. Es decir, hasta qué punto el legislador europeo, que en este caso coincide también con el órgano administrativo que aplica la norma, puede condicionar la función jurisdiccional de aplicación del derecho al caso concreto de manera irrevocable. Porque, p. ej., la previsión del art. 76.4 LDC de que los tribunales puedan acudir a las autoridades nacionales de competencia, para que les informen sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones, se ha convertido en 2013 en una *Comunicación sobre cuantificación de los daños* y una guía práctica para su correcta utilización¹⁶ y, posteriormente, en 2019, —abordando el difícil cálculo del daño producido en los supuestos el demandante ha repercutido el sobrecoste a sus compradores (*passing-on defence*)— en otra *Comunicación de la comisión sobre Directrices* destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales *sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto*¹⁷. Indudablemente en nuestro ordenamiento interno existen normas parecidas, como sucede con el título IV de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Pero se trata de normas legales, no de indicaciones o actualizaciones dictadas por un órgano administrativo, por muy independiente que sea. Sin duda la existencia de normas de ese tipo, y la comprobación de su efecto expansivo, es un dato más que interpela a la ciencia del derecho procesal acerca de la necesidad profundizar en la función jurisdiccional y actualizarla dogmáticamente a estos nuevos escenarios de complejidad técnica y tecnológica, de expansión del derecho administrativo y de desjudicialización de diversos sectores.

No es ese un fenómeno nuevo ni exclusivo de Europa, aunque quizá en cada sistema jurídico tenga su propia etiología. No obstante, en la actualidad, al menos desde el punto de vista del derecho procesal, creo que puede relacionarse con el oscurecimiento del papel del juez en el sistema jurídico, cada vez más generalizado. En esa búsqueda de aplicación homogénea del derecho de la Unión, la función de los jueces puede aparecer como un obstáculo en determinadas áreas. No es algo que se diga abiertamente, claro,

¹⁶ *Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* de 13.6.2013 DOUE 2013/C 167/07, pág. 19 y la *guía práctica* que la acompaña.

¹⁷ El resaltado es nuestro (2019/C 267/07), de 9 de agosto de 2019 disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019XC0809\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019XC0809(01)&from=EN)

pero sí se trasluce en algunos de los fenómenos ya mencionados como la proliferación de organismos reguladores o agencias independientes que, aun siendo Administración, muchas veces aparecen dotadas de un estatuto cuasi jurisdiccional. Al mismo tiempo, existe una tendencia a considerar que determinadas materias solo pueden valorarse adecuadamente por organismos especializados: bien porque tienen un contenido *político* o porque son demasiado técnicas para que la justicia tenga la última palabra. Semejante planteamiento, lastrado por el *paradigma tecnocrático*, ha sido rechazado por el TJUE en su sentencia de 26 de junio de 2019 as. C-723/17-*Lies Craeynest*.

Como dice Gascón Inchuasti, lo sensato sería convertir estos injertos obligados en oportunidades para mejorar, minimizando los impactos negativos. Y, para ello, participar activamente en los procedimientos legislativos previos, de manera que la adaptación no sea perjudicial¹⁸. Pasemos ahora a mostrar, dentro de este marco procesal específico del derecho de la competencia, la compleja interrelación que se da entre los órganos jurisdiccionales y las AC.

III. LA COMPLEJA INTERRELACIÓN ENTRE TRIBUNALES Y AC

A raíz del Reglamento 1/2003 se ha hecho posible el conocimiento de las reclamaciones de daños por los tribunales civiles y, consecuentemente, la distinción entre la aplicación pública y privada del derecho de la competencia¹⁹. En efecto, se ha abierto la puerta a una posibilidad que, aunque teóricamente ya existía, había terminado por ser absolutamente desconocida. Las autoridades de la competencia tenían las potestades de declaración, cesación y sanción mientras que la exigencia de reparación estaba reservada a la jurisdicción civil. Pero, puesto que se exigía una resolución administrativa previa —o, en su caso, la sentencia firme—, la posibilidad de reparación estaba disponible solo mucho tiempo después de la infracción y producción del daño y era, por tanto, ineficaz²⁰. Con la regulación vigente se eliminó la exigencia de una resolución administrativa previa, relativa a la existencia de la infracción, aunque se introdujeron mecanismos de colaboración entre

¹⁸ *Derecho europeo y legislación*, 139-140.

¹⁹ Hernández Bataller, B. “Pistas sobre la Directiva 2014/104/UE”, *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, dir. Ruiz Peris, J. I. (2018), 37.

²⁰ Cf. Díez-Picazo, I. “Sobre algunas dificultades”, 58.

los jueces nacionales y las autoridades de la competencia para reforzar la primacía del derecho de la unión²¹.

La eliminación de la vía administrativa como requisito para el ejercicio de acciones civiles tiene como consecuencia que, si bien la sanción de los ilícitos anticompetitivos sigue reservada a las AC, la competencia de los tribunales civiles no se limita a la indemnización, sino que puede previamente determinar si ha existido o no la infracción, lo que produce la ya mencionada confluencia entre las potestades administrativas y su control jurisdiccional posterior —en el orden contencioso administrativo— y la aplicación por los jueces civiles del derecho de la competencia.

Precisamente esta confluencia es la que hace que la interrelación entre las AC y los tribunales nacionales sea compleja. Las peculiaridades de la materia regulada, y el interés de la Unión Europea por conseguir una aplicación homogénea, provocan, inevitablemente, tensiones entre los tribunales nacionales y las AC, porque la deseada armonización de los ordenamientos internos, en todo aquello que haga relación a la efectividad del derecho de la Unión y a su aplicación homogénea, está supeditada en gran medida a la jurisprudencia de los altos tribunales de los estados miembros.

Los órganos jurisdiccionales de los estados miembros aplican el derecho europeo teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE, cuando existe, o planteando cuestiones prejudiciales, cuando lo consideran necesario. Pero la homogeneización que puede conseguirse por esa vía acaba siendo un proceso lento y, de ahí, que el derecho procesal haya hecho aparición en la normativa europea, pues sólo a través de él puede intentarse prevenir la aparición de discrepancias jurisprudenciales o agilizar la formación de una jurisprudencia homogénea. Claro está que todo ello debe hacerse sin franquear la línea roja de la división de poderes, indispensable en el *Rule of Law* europeo²², que en ocasiones parece estar bordeando²³.

La DD, al refirmar la posibilidad de ejercicio de acciones por los particulares, que ya existía en la mayoría de los estados miembros, también en el nuestro, es consciente de esas las tensiones que surgirán entre tribunales civiles y AC, y trata de hacer posible una coordinación entre ellas²⁴. Es decir, trata de que la posibilidad de acudir a los tribunales civiles por los perjudi-

²¹ Baño León J.M. “La evolución del Derecho de la Competencia y su irradiación en el derecho público” *Revista de administración pública*, 200 (2016), 302.

²² Wilms, G. *Protecting fundamental values in the european union through the rule of law Articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle* (2017), 3-4.

²³ Baño León. J.M. “La evolución del Derecho” 304.

²⁴ Considerando 6 de la DD.

cados por conductas anticompetitivas no produzca disparidad de criterios en la aplicación de esta normativa. Para conseguirlo se establecen tres elementos claves: el carácter vinculante de las resoluciones de las AC, la creación de mecanismos de colaboración entre AC y tribunales y, finalmente, un peculiar equilibrio entre las facultades de las AC y el ejercicio de acciones por particulares.

1. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LAS AC

La LDC de 1989 preveía, como requisito de procedibilidad para ejercitar acciones de resarcimiento ante la jurisdicción civil, la existencia de una resolución previa del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la infracción competencial. Esto acabó dando lugar a un doble tratamiento para reclamaciones, dependiendo de que se invocara el derecho interno o el derecho europeo. Para la aplicación del derecho interno se exigía una resolución previa del Tribunal de Defensa de la Competencia, mientras que, si lo que se invocaba era la aplicación de los art. 81 y 82 del TUE, no era necesaria²⁵.

El cambio de paradigma se produjo con el ya mencionado Reglamento 1/2003 cuyo art. 16, recogiendo la jurisprudencia del TJUE al respecto²⁶, convertía en vinculantes para los tribunales nacionales las resoluciones de la Comisión en esta materia. Allí se indica con toda claridad que los órganos jurisdiccionales no pueden pronunciarse sobre asuntos que hayan sido objeto de decisión por parte de la Comisión en sentido contrario a lo decidido, sin perjuicio, claro está, de la facultad de plantear, en su caso, una cuestión prejudicial al TJUE²⁷. Obviamente, debe entenderse que el efecto vinculante lo produce un acto no recurrido o una sentencia firme²⁸ y solo respecto de resoluciones que afirmen la existencia del ilícito anticompetitivo, pero no respecto de las que declaren su inexistencia²⁹.

²⁵ Para una explicación de la evolución legislativa y jurisprudencial *vid.* Sancho Gargallo, I. “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia” *InDret*, 1 (2009), 3-9.

²⁶ STJUE de 14 de diciembre de 2000 as. C-344/98 *Masterfoods*. Cf. Torre Sustaeta, M. V. “Sobre el efecto vinculante de la resolución judicial a la administrativa antes y después de la directiva de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia” *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 3 vol. 27 (2015), 425-446 y Hernández Bataller, B. “Pistas sobre la Directiva”, 35-36.

²⁷ Cf. art. 267 TFUE. Cf. Baño León, B. “La evolución” 30.

²⁸ Alfaro Águila Real, J. “Contra la armonización”, 28.

²⁹ Rodríguez Díaz, I. “Defensa de la competencia, acción de daños y exenciones” *Revista Lex Mercatoria* 6 (2017), 79-85.

Además, el art. 16 del Reglamento añade que, si en el momento de ir a dictar la sentencia existe un procedimiento iniciado ante la Comisión sobre el mismo asunto, los jueces deben evitar tomar decisiones que puedan ser contrarias a las que finalmente adopte la comisión. Para lo cual deberán estar facultados para, si lo estiman oportuno, suspender el procedimiento. Ambas previsiones suponen una interferencia notable en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La DD en su art. 9 dio un paso más y extendió ese efecto vinculante a las resoluciones de las AN, respecto de las acciones de reclamación de daños que pudieran ejercitarse ante órganos judiciales del propio Estado. Estas previsiones han sido incorporadas a nuestro ordenamiento mediante el art. 75 de la LDC.

2. MECANISMOS DE COLABORACIÓN DE LAS AC CON LOS JUECES NACIONALES

Desde el punto de vista de la aplicación uniforme y homogénea del derecho de la UE, el carácter vinculante de las resoluciones de la Comisión solo sirve en los supuestos en los que las AC han intervenido utilizando sus facultades de oficio, pero no para aquellos otros que han sido planteados directamente ante los órganos judiciales civiles por los afectados por la infracción anticompetitiva. En estos supuestos, dado que el TJUE no es funcionalmente superior a los altos tribunales en el ámbito civil, resulta enormemente difícil encontrar una forma de colaboración entre AC y jueces que no comprometa la independencia de estos y su exclusivo sometimiento a las leyes.

Tradicionalmente existen formas de colaboración, previstas con carácter general, que no plantean ningún problema, como sucede con las actuaciones de las AC, que exigen autorización judicial previa, especialmente en su labor de investigación o inspección. La DECN+ trata de aumentar la autonomía de actuación de las AC, distinguiendo, dentro de sus facultades de inspección, las que se llevan a cabo en las sedes o locales de las empresas (art. 6), de las que se practican en otras dependencias, entre las que se incluyen los domicilios particulares (art. 7). La inspección de las primeras, salvo requisitos especiales del derecho nacional, como es nuestro caso³⁰, no requeriría autorización judicial, mientras que la de las segundas sí.

³⁰ Cf. art. 40.2 LDC.

Pero, al margen de ello, la UE ha ido estableciendo otros mecanismos de colaboración mutua entre los jueces y las AC en el ejercicio de sus respectivas facultades. Inicialmente el art. 15 del Reglamento 1/2003 establece una colaboración mutua consistente en que los tribunales de los estados miembros pueden solicitar a la Comisión que les remita la información de que disponga, o sus dictámenes, sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias. Por su parte, la Comisión y a las ANC tienen la facultad de presentar, por propia iniciativa, observaciones escritas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre las mismas cuestiones y de solicitar al tribunal *todos los documentos necesarios*.

A pesar de la matizada terminología utilizada por el Reglamento 1/2003, que diferencia entre la *información* o dictámenes que se puede pedir a la Comisión y los *documentos* que la Comisión o ANC pueden pedir a los tribunales, la aplicación de esta normativa podía dejar sin protección determinada documentación, especialmente los documentos de los programas de clemencia. En efecto en 2011 el TJUE determinó que, mientras no hubiera una norma europea sobre las reclamaciones de daños, debían ser los tribunales nacionales los que decidieran, según el derecho interno, y valorando los intereses en presencia, si se podía o no autorizar el acceso a los documentos de la Comisión³¹. La clarificación de este aspecto fue uno de los cambios introducidos por la DD que, como veremos más abajo, estableció diferentes categorías de documentos con diversas posibilidades de acceso y utilización. Además, está previsto que los estados remitan a la Comisión las sentencias que se dicten en aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.

El mecanismo fundamental de colaboración con los jueces es la posibilidad de las AC de intervenir en cualquier fase del proceso, que en nuestro derecho interno se ha regulado en la LEC. El art. 15 bis configura el modo en que las AC pueden estar presentes en los procesos civiles relacionados con los arts. 101 y 102 del TFUE, tal como lo exigía el art. 15 del Reglamento 1/2003, dando lugar a un singular supuesto de *amicus curiae* en el proceso civil español. Para hacer efectiva esta posibilidad de personarse, se establece el deber de comunicar a las AC la admisión de cualquier demanda que verse sobre esta materia (art. 404 de la LEC), así como las sentencias que recaigan (art. 212 LEC). Del mismo modo, se introduce la posibilidad de suspender el plazo para dictar sentencia en estos asuntos, como veremos más adelante.

³¹ as. C-360/09-*Pfleiderer AG*, de 14 de junio de 2011 y as. C-536/11-*Bundeswettbewerbshörde* de 6 de junio de 2013.

3. FACULTADES EJECUTIVAS DE LAS AC Y EJERCICIO PRIVADO DE ACCIONES

Hablábamos al comienzo del carácter singular, público y privado, del derecho de la competencia, que se traduce en que su aplicación deba ser garantizada por las autoridades administrativas competentes, en este caso las AC, que tienen la facultad de vigilar, investigar y sancionar a quienes infrinjan el derecho de la competencia. Todo esto es a lo que se refiere el término inglés de *public enforcement*.

Pero el carácter híbrido de estas normas sobre el libre mercado hace que la exigencia de su cumplimiento no sea un monopolio de las AC, sino que los particulares pueden ejercitar las acciones correspondientes ante la jurisdicción civil, una vez que haya adquirido firmeza la resolución sobre la infracción. Pero, además, los particulares también pueden ejercitar directamente las acciones derivadas del derecho de la competencia, consiguiendo que el tribunal civil declare que una determinada actividad o acuerdo infringe el derecho de la competencia y se pronuncie sobre los daños y su cuantía. El tribunal civil no puede sancionar, pero sí puede valorar la existencia de la infracción y establecer las consecuencias que de ella se derivan en el ámbito jurídico privado, aunque no exista una declaración previa de infracción. Esto es a lo que responde el término inglés *private enforcement*.

Dentro del ejercicio de acciones ante la jurisdicción civil, esto es, dentro del *private enforcement*, cabe distinguir entre las acciones consecutivas y las acciones independientes, cuya denominación hace referencia a la existencia o no de una resolución previa de la AC. Las acciones consecutivas (*follow-on*), persiguen la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta anticompetitiva que ha sido sancionada por la AC. Las acciones independientes (*stand alone*), son acciones ejercitadas por particulares ante la jurisdicción civil, precisamente para conseguir que se declare una determinada conducta como contraria al derecho de la competencia y, en su caso, obtener la correspondiente indemnización³².

En el ámbito europeo el *private enforcement* ha sido hasta ahora residual en el derecho de la competencia, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, donde ha sido el principal instrumento de impulso desde la mitad del siglo XX³³. En el marco procesal europeo, resultante de las últimas modificaciones, ambas vías estarían llamadas a jugar su papel en el

³² Cf. Renda, A. et al. *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report for the European Commission* (2007), 153-155.

³³ Huschelrath K. and Peyer S. "Public and private enforcement of competition law: a differentiated approach" *World Competition*, 36 (2013), 585.

mantenimiento de las reglas del mercado, si bien la DD claramente privilegia las facultades ejecutivas de las AC y parece estar pensando únicamente en las acciones consecutivas en el ámbito civil³⁴. En efecto, a pesar de la expresa declaración de apoyo al ejercicio de acciones por particulares, la DD manifiesta, a renglón seguido³⁵, su preocupación por las distorsiones que el *private enforcement* puede provocar. Preocupación que acabará siendo el leitmotiv de la norma, que dedica gran parte de su contenido a evitar que los procedimientos iniciados por las AC puedan verse interferidos o dificultados por procesos judiciales iniciados en el ámbito civil³⁶. Y, desde luego, no se encuentra en ella nada de la supuesta promoción o facilitación del ejercicio privado y, mucho menos, mediante acciones colectivas, a las que únicamente se hace referencia para dejar claro que no es obligatorio que los estados miembros tengan regulado este mecanismo de tutela³⁷.

Con estas observaciones no pretendemos dar a entender que la norma tenga la intención de engañar sobre sus propósitos. La diferencia entre lo que se esperaba de la directiva y lo que finalmente ha quedado regulado, concretamente respecto al ejercicio privado de acciones, tiene su origen en una tramitación inicial excesivamente ambiciosa que, finalmente no llegó a hacerse realidad³⁸. Los documentos de trabajo que se elaboraron para a tramitación de la DD llevaban por título *Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, y mencionaban la utilidad del *collective redress* para conseguir la plenitud de la indemnización a los perjudicados, que era el objetivo perseguido. El fundamento de ese objetivo y del ejercicio de acciones privadas para conseguirlo había sido reconocido por el TJUE, aclarando que

³⁴ Marino, S. “Recent (and future), developments of EU Competition Law”. *EU and comparative law issues and challenges series 4* (2020), 741-748.

³⁵ Considerando 7.

³⁶ Cf. Sopeña Blanco V. y Martín Martín, G.A. “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida” *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 17 (2015), 2-3. Vid. Tb. Hernández Galilea, J.M. “La trasposición de la Directiva 2014/104/UE al derecho procesal: el “blindaje” de los programas de clemencia”, *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, dir. Jiménez Conde (2018), 377-385.

³⁷ Considerando 13.

³⁸ Cf. Schreiber, T. and Seegers, M. “The EU Directive on Antitrust Damage Actions and the Role of Bundling Claims by Assignment” *Antitrust Chronicle* 2 (2015), 2. Sobre las acciones colectivas en Europa y los ensayos realizados por algunos países vid. Corominas Bach, S. “El nuevo modelo alemán de acción declarativa (mfgk): ¿una tutela colectiva efectiva del dieselgate?” *Revista General de Derecho Procesal*, 49 (2019), y tb. Izquierdo Grau, G. “Análisis sobre la regulación de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español a la luz de las directrices de la Comisión Europea” *Ib. loc. cit.*

este derecho de las víctimas estaba garantizado por el derecho comunitario³⁹. En concreto, el derecho de cualquier ciudadano que sufra daños, como consecuencia de la violación del derecho de la competencia, a reclamar la reparación correspondiente a quien lo causó, aparece en el art. 1 de la DD como uno de sus ejes fundamentales. Lo cierto, sin embargo, es que la DD no tiene intención de promover el *private enforcement* ni, mucho menos, los mecanismos de *collective redress* sino que trata más bien de marcar los límites de esos mecanismos.

A la creación de falsas expectativas contribuyó también, muy probablemente, la coincidencia temporal de los trabajos de elaboración de la DD con los de una normativa europea sobre *recursos colectivos* que finalmente no llegó a promulgarse, pero que dejó como resultado la *Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*⁴⁰, en la que se alude al *Competition Law* como un ámbito específico en el que las acciones colectivas serían adecuadas⁴¹. El debate, aún vivo, en los Estados Unidos sobre la financiación y otros problemas de los litigios colectivos⁴² explica las reticencias de la UE para promover este tipo de acciones y también por qué, finalmente, la mención de las acciones colectivas en la DD es anecdótica y restrictiva⁴³. De hecho, incluso la doctrina más favorable a la directiva y sus planteamientos, no tiene más remedio que reconocer esta discordancia. Como ha dicho Hernández Bataller, “[I] a sensación general que se desprende del texto finalmente adoptado es, por tanto, que más que en incentivar realmente, la aplicación privada del derecho de la competencia en Europea, la Comisión está más interesada en asegurar una protección efectiva de los programas de clemencia”⁴⁴.

³⁹ Doctrina ampliada últimamente a terceros afectados indirectamente por el cártel STJUE de 12 de diciembre de 2019, resolviendo una cuestión prejudicial.

⁴⁰ (2013/396/UE), (DO L201/60), así como la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones* Estrasburgo, 11.6.2013 COM (2013), 401 final, titulada *Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo*.

⁴¹ Cf. ap. 3 y 7.

⁴² Vid. Kidd, J. “Probate Funding and the Litigation Funding Debate”, *Washington and Lee Law Review* 76 (2019), 261-310.

⁴³ Cf. DD Considerando 13 y art. 2.4.

⁴⁴ Hernández Bataller, B. “Pistas sobre la Directiva”, 71. Vid. Tb. Angulo Garciandía A. “La interacción entre el programa de clemencia y las acciones privadas de daños por infracciones del Derecho de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución* 23 (2018), Cf. tb. Hernández Galilea, J.M. “La trasposición de la directiva” 385-386.

Los llamados programas de clemencia son, como es sabido, un incentivo para que los infractores confiesen su participación en los hechos y delaten a los demás participantes en un cártel. A cambio de esa colaboración la AC les exime parcial o totalmente del pago de las multas que les corresponderían⁴⁵. Estos programas son efectivos ya que las multas que se evitan los delatores son muy cuantiosas, pero no extinguen las obligaciones de indemnización a los perjudicados⁴⁶. Por ello, en la medida en que los perjudicados puedan llegar a conocer la identidad y responsabilidad de todos los implicados — incluido el colaborador exento de multa— el incentivo puede perder gran parte de su atractivo⁴⁷.

Pues bien, volviendo al ejercicio de acciones por particulares ante la jurisdicción civil, hasta ahora, la posibilidad de ejercitar acciones independientes ha sido utilizada en contadas ocasiones. La mayoría de los procesos civiles son consecuencia de acciones consecutivas ejercitadas de manera individual o litisconsorcial, pero no mediante acciones colectivas, reservadas en nuestro sistema a las asociaciones de consumidores autorizadas. La escasa utilización de las acciones independientes no es un fenómeno exclusivo de nuestro país y tiene su explicación en una serie de factores disuasorios como las posibles consecuencias negativas para las relaciones comerciales futuras del demandante; la dificultad del análisis económico necesario para evaluar el daño; la existencia de asimetría en la información, especialmente cuando se trata de infracciones cometidas por cárteles secretos; y, finalmente, la excesiva duración de los procesos y su elevado coste económico⁴⁸. Obstáculos que no han sido abordados de ninguna forma por la DD, que en este aspecto lo único que revela es una preocupación por la posible utilización abusiva de las acciones de daños, que trata de evitar estableciendo algunas precauciones como la prohibición expresa de que puedan aplicarse *daños punitivos*, pensando, sin duda, en la negativa experiencia de los Estados Unidos al respecto⁴⁹.

Este marco normativo, refractario a las acciones independientes y distante de las acciones colectivas, se ha visto superado, sin embargo, por el desarrollo de nuevas formas de litigación, surgidas alrededor de infraccio-

⁴⁵ Cf. arts. 1-3 y 65-66 LDC y su desarrollo en los arts. 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

⁴⁶ STJUE as. C-557/12-*Kone*.

⁴⁷ Cf. Gutiérrez Hernández, A. y Guerra Fernández, A. “Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* vol. Especial 1 (2011), 140.

⁴⁸ Cf. Schreiber, T. and Seegers, M. “The EU Directive”, 2.

⁴⁹ Cf. DD, Considerando 12.

nes con un número grande de afectados de fácil identificación. Se trata de formas de litigación colectiva surgidas al amparo de instituciones ya existentes, como la acumulación de acciones o la cesión de créditos, que han dado lugar, en nuestro país, a *estructuras de defensa* o *fondos de litigación* muy activos en acciones consecutivas de asuntos, como el *cártel de los camiones*, con gran número de afectados. También en el ámbito del ejercicio de acciones independientes se están dando nuevos modos de actuar. Puesto que estamos ante el ejercicio de acciones en el ámbito privado, en las que rige el principio dispositivo, puede suceder, y de hecho está sucediendo, que empresas que se consideran víctimas de un cartel, consigan preparar eficazmente una demanda mediante información obtenida de alguno de los implicados, a cambio del compromiso de no dirigirla contra él, o de un acuerdo previo beneficioso. No por ello se librará de la multa, pero podría conseguir una rebaja a tenor del art. 64.3 LDC.

IV. NOVEDADES Y DESAJUSTES EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ESPAÑOL

La entrada en vigor del Reglamento 1/2003 y de las normas que incorporaban la DD no parecen haber provocado problemas entre los jueces de lo mercantil y las secciones especializadas que son, en general, muy receptivos y diligentes en la aplicación de las normas de origen europeo. No obstante, en estos últimos meses la sanción de la Comisión al denominado *Cártel de los camiones*, está suponiendo un auténtico “test de esfuerzo”, que pone de manifiesto la necesidad de rodaje de estas normas para clarificarlas y unificar su aplicación. En el ámbito civil los problemas interpretativos se están surgiendo en torno a la legitimación pasiva y la determinación de la competencia internacional unida a ella así como a la valoración de la proporcionalidad en la solicitud de documentos de la parte demandada con vistas a la cuantificación, entre otros.

Con el orden jurisdiccional penal no ha habido problemas hasta ahora y no parece fácil que existan. En primer lugar, porque las conductas anticompetitivas tienen difícil encuadre en el Código Penal, desde la desaparición de la expresión *cualquier otra maquinación fraudulenta*⁵⁰. Esta fórmula de cierre, presente en Códigos anteriores al de 1995, por su amplitud, podría

⁵⁰ Albella Amigo S. y de San Román, J. “Notas sobre el régimen sancionador penal y administrativo del abuso de mercado (información privilegiada y manipulación de precios)” en *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos* (2010), 267.

haber comprendido los actos anticompetitivos pero, una vez eliminada, los tipos en las estas conductas podrían encuadrarse han quedado totalmente desdibujados. En segundo lugar, no parece que exista interés en Europa por utilizar la vía penal como mecanismo disuasorio en el caso del derecho de la competencia, a diferencia de lo que ha ocurrido en el ámbito los mercados financieros con la Directiva 2014/57/UE, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado.

El aumento del peso específico del derecho de la competencia y la intervención de las ANC ha provocado, en aquellos países en los que estas conductas están tipificadas, una tendencia a concebir la aplicación del derecho penal como subordinada a la aplicación del derecho administrativo o mercantil⁵¹. Sucede también en otros ámbitos, como los delitos fiscales o medioambientales, en los que las autoridades administrativas han ido adquiriendo un poder de aplicación normativa, investigador y sancionador igual o mayor al de los jueces del orden penal⁵², de manera que, aunque no se excluye la persecución penal, se la considera casi como un complemento de las sanciones administrativas. De hecho, como es sabido, la compatibilidad de la acumulación de sanciones penales y administrativas ha sido admitida bajo ciertas circunstancias por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵³.

En el ámbito contencioso administrativo es donde más se resienten las aspiraciones de control de las ANC, como le sucede a la Comisión con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Especialmente enconado ha sido, en nuestro País, el pulso entre la CNMC y Audiencia Nacional sobre la cuantificación de las multas, zanjado de momento por el Tribunal Supremo, pero pendiente de la evolución de la jurisprudencia del TJUE⁵⁴. Lo mismo ha sucedido con el control sobre las labores de inspección e investigación de las ANC. No en vano, como ha observado Baño León⁵⁵, gran parte de la jurisprudencia relativa a derechos fundamentales del TJUE se ha hecho con

⁵¹ Tricot, J. "Special Procedures for White-Collar and Corporate Wrongdoing". *The Oxford Handbook of Criminal Process*, 1403 (2019), 438.

⁵² *Ibid.*, 441.

⁵³ STJUE de 26 de febrero de 2013 as. C-617/1-Åkerberg Fransson.

⁵⁴ STS de 29 de enero de 2015 ECLI:ES:TS:2015:112. Sobre ella existen posiciones encontradas en la doctrina. *Vid. p. ej.* Sánchez, P. "Defensa de la competencia y diseño institucional" en *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, coord. Segura, J. (2018), 69-70. *Vid. tb.* Díez Estella, F. y García-Verdugo J. "Las Guidelines del Bundeskartellmat como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015" *Anuario de la competencia* 1 (2015), 341-362, *passim*; Casino Rubio, M. "El discutido cálculo de las multas en materia de defensa de la competencia" *Revista de administración pública* 199 (2016), 155-170, *passim*.

⁵⁵ Baño León, J.M. "La evolución del Derecho", 305.

ocasión de la aplicación del derecho de la competencia: el derecho a no declarar contra sí mismo, la exclusión de las comunicaciones abogado cliente que no incluyen a los abogados de la empresa, el estatuto de las sedes sociales a los efectos de entradas y registros, etc.

Entre las cuestiones que suscita este nuevo marco procesal me centraré en tres, que están estrechamente conectadas con la interacción entre los tribunales y las AC: los diversos tipos de prejudicialidad, la limitación de acceso a documentos de las AC y la aparición de un nuevo tipo de inmunidad.

1. LOS DIVERSOS TIPOS DE PREJUDICIALIDAD EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las disposiciones del Reglamento y de ambas directivas obligarán a clarificar el régimen de prejudicialidad del ordenamiento procesal español que, dicho sea de paso, está necesitado de ella. En efecto, el criterio general respecto de la prejudicialidad está en el art. 10 de la LOPJ en el que se dispone que [a] *los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente*. Al hablar de orden se entiende que se refiere a los órganos de cada uno de ellos y, por tanto, a cada órgano judicial unipersonal o colegiado. En cuanto al significado exacto de *los solos efectos prejudiciales*, no exento de problemas, puede entenderse referido a que la solución que el órgano haya dado a un problema jurídico, ajeno a su orden jurisdiccional, pero que era premisa necesaria de la decisión finalmente adoptada, no tendrá efectos fuera de ese proceso. Es decir, una vez dictada la sentencia se podría suscitar de nuevo ese asunto, resuelto *a los solos efectos prejudiciales*, ante el órgano judicial del orden que debería haberlo decidido, sin que pueda oponerse la excepción de cosa juzgada, con la posibilidad de obtener un resultado diferente que, sin embargo, no afectaría al anterior proceso.

Este criterio general, de que cada órgano resuelva, a los solos efectos prejudiciales, lo que necesite para dictar sentencia, no se aplica respecto de los asuntos que pertenecen al orden penal. Así se dispone en el párrafo 2º del art. 10 de la LOPJ que establece que, no obstante ese criterio general, la existencia de una cuestión prejudicial penal, de la que no pueda prescindirse para la debida decisión, o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca. Se trata de una excepción bastante lógica que expresamente contempla la LDC en su art. 46.

De hecho uno de los objetivos principales de la DECN+ es conseguir una adecuada coordinación de los programas de clemencia con las posibles sanciones individuales, especialmente las de carácter penal, evitando las cuestiones prejudiciales y, en la medida de lo posible, la tipificación de estas conductas⁵⁶. No obstante, lo ordinario será la inadmisión o, en su caso, a la correspondiente deducción de testimonio, pues no es fácil que la determinación sobre si algo es o no delito se dé como premisa para dictar sentencia, como no sea en las falsedad de la prueba documental, expresamente prevista en la LEC, o en la en la responsabilidad civil derivada del delito que, precisamente, está supeditada a la existencia de una sentencia penal previa condenatoria. De ahí las advertencias de las Sala civil del Tribunal Supremo en el sentido de que para que proceda la suspensión por prejudicialidad penal es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal podrá condicionar la decisión del proceso civil, pues no obliga a suspender la valoración penal que puedan tener algunos de los elementos de convicción traídos al proceso civil⁵⁷.

Este régimen de prejudicialidad, que permite la existencia de resoluciones contradictorias entre órdenes jurisdiccionales, ha intentado ser clarificado por el Tribunal Constitucional que considera incompatible con la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva la existencia de pronunciamientos contradictorios de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas. Si bien aclara que esto no implica una aceptación mecánica de los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada⁵⁸. Esto coincidiría con lo previsto en el art. 75 de la LDC, ya analizado, que considera irrefutable la constatación de una infracción en una resolución jurisdiccional o en una resolución de las AC españolas. Aunque se trata de precepto que funciona en una sola dirección, pues parece presumir que la competencia de los juzgados de lo mercantil se refiere únicamente a la determinación del daño y su cuantificación, esto es, parte de que las acciones civiles serán siempre consecutivas.

⁵⁶ Wagner-Von Papp, F. "Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market" (ECN Plus Directive), *Competition Policy International* 7 (2019), 2. *Vid.* Tb. Tricot, J. "Special Procedures", 43.

⁵⁷ Cf. STS 24/1026 de 3 de febrero de 2016.

⁵⁸ STC 192/2009, de 28 de septiembre y las allí citadas.

Pues bien, a esta regulación sobre prejudicialidad, incluida la aclaración del Tribunal Constitucional, debe añadirse la prejudicialidad *sui generis* que se produce cuando estamos en el ámbito del derecho de la competencia. Según hemos visto el Reglamento 1/2003 hace vinculantes para los tribunales las resoluciones firmes de la Comisión y establece también que los tribunales están obligados a evitar adoptar decisiones que pueden entrar en conflicto con las que vaya a dictar la Comisión en procedimientos pendientes. Cierto es que la redacción del art. 16, en la que esto se establece, parece tratar de ocultar este efecto prejudicial, pues habla de que *a tal fin* —esto es, a fin de que no entrar en contradicción—, *corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento*. Pero acto seguido añade que [e]sta obligación se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial frente a la resolución que finalmente dicte la Comisión. Es decir, si hay un procedimiento pendiente ante la Comisión sobre el asunto que se está conociendo u otro análogo —susceptible de entrar en contradicción, dice el Reglamento—, debe suspenderse el proceso antes de dictar sentencia.

En nuestro ordenamiento procesal civil esto se ha materializado en los arts. 434 y 465 de la LEC que, sin embargo, no son equivalentes. Por un lado, en ningún caso de habla de la obligación de suspender y el motivo de la suspensión es distinto: no es la posibilidad de entrar en conflicto con una resolución pendiente, sino la necesidad de conocer el pronunciamiento. Por otro, incluye, además de a la Comisión Europea, a las ANC como consecuencia de la ampliación posterior de la DD. Y, finalmente, está previsto solo para la sentencia de instancia y la apelación, si bien la personación de la AC puede producirse también en casación según se desprende del art. 15 del Reglamento 1/2003. Esta suspensión está prevista de modo tan amplio que no hace falta que el procedimiento pendiente sea iniciado ante la misma AC desde su origen, ni que esté iniciado con anterioridad a la personación de la AC en el proceso civil. Podemos por tanto hablar de un nuevo tipo de prejudicialidad *sui generis*, administrativa, en el orden civil, que tiene un encaje difícil en nuestro sistema de justicia⁵⁹.

Con ello se evitarán los desajustes producidos en algunas sentencias, como la conocida sobre el *cártel del Azúcar*⁶⁰, pero a costa de la posibilidad de impedir el ejercicio de acciones independientes y por tanto de anular la competencia de los juzgados civiles en esta materia.

⁵⁹ Cf. al respecto las consideraciones de Baño León J. M. “La evolución del Derecho” 304.

⁶⁰ SSTs núm. 651/2013 de 7 noviembre.

2. UN NUEVO TIPO DE DOCUMENTO SECRETO Y LAS CONSECUENCIAS DE SU USO ILÍCITO

La necesidad de proteger información confidencial en el ámbito del proceso civil no es una novedad, como puede verse en los preceptos de la LEC relativos a las diligencias preliminares (arts. 256, 259 y ss. y 348 LEC), y en otras normas, como la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes en su art. 122, o la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales en el art. 15. Lo mismo sucede con el secreto abogado-cliente, basado en el artículo 542 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, por cierto, es mencionado expresamente en la DD (art. 5.6), pero se ha omitido en la trasposición de la directiva a la LEC.

Pues bien, ninguna de estas referencias es equiparable con lo que la DD establece respecto de los documentos relacionados con infracciones de derecho de la competencia. Se trata de un régimen sin precedentes en nuestro ordenamiento, hasta el punto de que podemos hablar de un nuevo tipo de documento secreto: el documento incorporado a un expediente sancionador de una AC. Estas previsiones han sido incorporadas a la LEC y a la LDC creando un régimen específico de acceso a la información, distinto del derecho de acceso a la información pública previsto en el artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁶¹.

Siguiendo a Marino⁶² se puede decir que el régimen de confidencialidad de estos documentos de la DD tienen dos niveles de protección: la “lista negra” de documentos cuya exhibición está prohibida (art. 6.6 DD) y “lista gris” de documentos que el tribunal puede ordenar exhibir si concurren determinadas circunstancias, descritos en el art. 6.5 DD. Además, se fijan los criterios que debe valorar el juez para autorizar la exhibición de los documentos de la “lista gris” especificados en el art. 6.3 DD.

Los documentos de la “lista negra” están recogidos en el art. 283 bis i) que es una reproducción textual del art. 6.6 de la DD. Esos documentos son: las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, y las solicitudes de transacción. Con respecto a ellos, lo único que el juez puede hacer, a instancia de parte, es comprobar si el documento solicitado está efectivamente incluido en una de esas dos categorías.

⁶¹ Vid. CNMC *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la ley 15/2007* (4 de junio de 2020), 1.

⁶² Marino, S. “Recent (and future), developments of EU Competition Law”. *EU and comparative law issues and challenges series 4* (2020).

Los documentos de la “lista gris” son determinados documentos de expedientes de AC, ya concluidos, bien por adopción de resolución o de otro modo. Se concretan en el art. 283 bis i), 5, que es una reproducción textual del art. 6.5 DD y son: la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia; la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento; y las solicitudes de transacción que se hayan retirado.

Los criterios que debe valorar el juez a la hora de decidir la exhibición o no de estos últimos documentos de la “lista gris” y, en general, de cualquier otro que soliciten las partes, están concretados en el art. art. 283. bis a), 3, equivalente al art. 6.3 DD. Allí se establece que el tribunal limitará la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado. Y, para valorar la proporcionalidad, además de los intereses legítimos de todas las partes y terceros interesados, tendrá en cuenta: la medida en que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas; el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas, especialmente para cualquier tercero afectado, también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento; el hecho de que las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial, especialmente en relación con terceros y, por tanto, las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial.

Tratándose de un régimen de confidencialidad específico y regulado con tanto detalle, llama la atención la aclaración, hecha en el art. 238 bis, i), LEC y en la DD, de que esas normas de confidencialidad se aplicarán sin perjuicio de la aplicación de las normas y prácticas en materia de acceso público a los documentos con arreglo al Reglamento (CE), n.º 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, y de las normas y prácticas del Derecho de la Unión o del Derecho Español sobre la protección de los documentos internos de las AC y de la correspondencia entre las AC⁶³. Se trata de una remisión genérica a normas de rango normativo heterogéneo, que resulta sorprendente, te-

⁶³ Entre los que se incluyen las normas —reglamentos, comunicaciones, guías—, emanadas de la propia CNMC como la *Comunicación de la CNMC sobre el programa de clemencia* de 2013 (sin fecha), disp. en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/ComunicacionClemenciaAnexo2_013.pdf; o la *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia*

niendo en cuenta que se está estableciendo una limitación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para completar el régimen de confidencialidad de estos documentos, junto a las prohibiciones de exhibición, se prevén prohibiciones de utilización en el caso de que, por el cauce que sea, se disponga de ellos. El art. 283 bis k), establece que el intento de valerse de documentos conculcando las normas de confidencialidad, no solo conllevará la inadmisibilidad del documento regulada en el art. 283 bis j) o la posible declaración de su nulidad en aplicación del régimen general de la ineficacia probatoria del art. 11 de la LOPJ, sino las consecuencias específicas que se recogen en el art. 283 bis k). Lo que ahí se dispone es que, la parte perjudicada por la violación de la confidencialidad, podrá pedir al tribunal que se declare al infractor civilmente responsable de los daños y perjuicios causados y le condene a su pago, así como la imposición de las costas al infractor, cualquiera que sea el resultado del proceso. Pues bien, además de todo ello, se prevé la posibilidad de la desestimación como sanción.

En efecto en el apartado a), del núm. 1 del art. 283 bis k), se dispone que la parte perjudicada por la violación del secreto, podrá pedir *la desestimación total o parcial de la acción o excepciones ejercitadas u opuestas en el proceso principal, si éste se encontrase pendiente en el momento de formularse la solicitud*. El establecimiento esta posibilidad, que es un invento de la DD (art. 8. 2), es realmente extraño, porque, a diferencia de la inadmisión o la nulidad, la desestimación no puede funcionar como una sanción, ya que la estimación o desestimación de la pretensión es consecuencia del juicio jurisdiccional que se forma libremente y no puede imponerse al juez. Cosa distinta es la *facta confesio* del art. 283 bis h), ante las maniobras de obstrucción o negativa a entregar los documentos, que coinciden con el régimen general de prueba documental.

La violación del deber de confidencialidad puede obligar al juez a no tener en cuenta una prueba, pero no puede conllevar la desestimación de las pretensiones, pues el hecho que trataba de probarse mediante el documento confidencial puede haber quedado acreditado de otra forma, o el documento confidencial no tener trascendencia para los pronunciamientos que deban hacerse. Afortunadamente, a renglón seguido, la ley exige que *la parte perjudicada fijará con precisión las acciones o excepciones que deban desestimarse*, lo que convierte esta extraña previsión en una amenaza solo

de la Ley 15/2007 de 4 de junio de 2007, o la *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia* de 10 de junio de 2020.

aparente: si la parte solicitante debe fijar con precisión la conexión que existe entre la información ilícitamente aportada y la desestimación que solicita, el tema queda reconducido al régimen general del art. 11 de la LOPJ y el juez puede libremente estimar o no la petición.

Consciente, sin duda, de la singularidad de esta posibilidad y su dificultad de aplicación, en su empeño por garantizar la confidencialidad de estos documentos, la norma prevé que, si el tribunal considera que el incumplimiento no es grave —valoración para la que no se aporta criterio alguno—, podrá optar por la imposición de una multa de 6.000 a 1.000.000 de euros, añadiendo que, [a] *estos efectos, se podrá considerar infractor tanto a la parte como a sus representantes y defensores legales, pudiéndose imponer multas separadas a cada uno de ellos*. No sé si conociendo todo este conjunto de consecuencias posibles alguien osará intentar utilizar un documento confidencial, pero el precepto transmite la sensación de una innecesaria desmesura.

Aún podemos encontrar otra singularidad en este precepto y es que, en el apartado primero, antes de describir las consecuencias que pueden derivarse del intento de utilizar documentos confidenciales en el proceso, aclara que todas ellas se darán [s] *in perjuicio de la responsabilidad penal en que en su caso pudiera incurrirse por delito de desobediencia a la autoridad judicial*. Esto no sería más que una fórmula redundante —pues la responsabilidad penal se da con independencia de que lo digan o no las normas procesales— si se limitara a mencionar la responsabilidad penal *que corresponda*. Pero tipifica los hechos como desobediencia a la autoridad judicial, metiéndose en un terreno normativo ajeno, lo que le priva de efecto alguno, y sin tener en cuenta, además, que muchas de las infracciones a las que se está refiriendo tienen origen normativo, sin que el juez haya intervenido ni, por tanto, haya podido ser desobedecido.

En conjunto, entre el art. 15 bis de la LEC, que insta la intervención como *amicus curiae* de la Comisión y de las Autoridades Nacionales de Competencia, garantizada a su vez por la comunicación obligatoria de las demandas en esta materia del art. 404.3; la posibilidad contemplada por el art. 434 de la LEC de suspender el plazo para dictar sentencia cuando haya alguna resolución pendiente de esas autoridades relacionada con el objeto del proceso; junto a las limitaciones establecidas en los arts. 283 bis y ss. que acabamos de mencionar, y la nueva redacción de los arts. 75 y 76.4 de la Ley de Defensa de la competencia, se puede hablar de progresivo *asedio* sobre la jurisdicción civil que trata de evitar, en la medida de lo que es esté-

ticamente admisible, que se interfiera en las investigaciones y sanciones de las autoridades de la competencia, a las que se otorga absoluta prioridad.

3. POSIBLES INMUNIDADES FRENTE A PROCESOS CRIMINALES

La última manifestación de la protección a toda costa de las actuaciones de las AC es la previsión de inmunidades o exenciones de responsabilidad penal para las personas que han colaborado con ellas en expedientes sancionadores. De poco serviría proteger a la persona jurídica si no se garantiza, además, la protección de quienes realmente han solicitado la exención de la multa y han colaborado en la investigación, que son personas físicas. Esa es precisamente la cuestión que se aborda en el art. 23 de la directiva: la protección de los directivos, gestores y otros miembros del personal, actuales y antiguos, de solicitantes de exención del pago de las multas frente a cualquier sanción administrativa e incluso penal⁶⁴.

Respecto a las sanciones administrativas, el número 1 del art. 23 de la DECN+ permite proteger completamente al delator de un cártel secreto frente a sanciones no penales siempre que, en fecha anterior a la apertura de la investigación, sea el primero en revelar su participación y coopere de forma activa con la investigación. Esto no plantea problemas en nuestro ordenamiento, que tiene prevista esta posibilidad con carácter general en el art. 62.4 de la Ley de Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y algunos otros que podrían tener efecto similar⁶⁵.

El mismo criterio sigue la norma en el apartado 2 respecto a las posibles exigencias de responsabilidad penal a esas personas: protección total en los mismos supuestos, siempre que exista colaboración con la investigación criminal, lo que supone la concesión de inmunidad, que impediría dirigir la acusación contra esas personas. No obstante, el legislador europeo, admite en el número 3 del art. 23 que, en defecto de esa exclusión del proceso, la legislación nacional puede prever su articulación como eximente o atenuante⁶⁶.

⁶⁴ Protección que, por otra parte, ya aparecía apuntada en el art. 12.3 del Reglamento 1/2003.

⁶⁵ Cf. Martínez Saldaña, D. et al. "La protección del whistleblower tras la directiva (UE), 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos" *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 53 (2019), 48-56 y Bachmaier Winter L. "Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión" *Diario La Ley* 9539 (2019).

⁶⁶ Esta previsión puede considerarse una especialidad dentro de la previsión general de protección a los denunciantes de infracciones del derecho europeo. Cf. Directiva 2019/1937. Directiva

Como ya hemos mencionado, las conductas anticompetitivas tienen difícil encuadre en nuestro Código Penal y, de hecho, no constan causas relativas a hechos sancionados por el TDC o la CNMC ni parece que haya existido interés en promoverlas⁶⁷. En consecuencia, antes de decidir cómo se traspone la directiva en este punto, habrá que tomar una decisión sobre si se deben tipificar claramente estas conductas o por el contrario se opta, de manera igualmente clara, por su despenalización⁶⁸. No existe consenso sobre la conveniencia o no de utilizar la vía penal como instrumento de defensa de la competencia. Indudablemente sería un buen complemento disuasorio, que existe en otros países, pero es evidente que pondría en peligro la colaboración en los programas de clemencia⁶⁹. Lo cierto es que la Directiva ECN+ parece admitir —quizá temer— la expansión de una tendencia criminalizadora y se ha apresurado, como no, a proteger a los *whistle-blowers*, introduciendo estas exenciones.

La ausencia de reproche penal de las conductas anticompetitivas ha pasado desapercibida hasta ahora. La actividad de la CNMC, la cuantía de sus multas y la sensación de que se trata de asuntos administrativos, quizá hayan influido en ello. Pero los trabajos de trasposición de la Directiva ECN+ han puesto el foco sobre esta omisión y existen voces que exigen la tipificación expresa y que son críticas frente a esa inmunidad o tratamiento privilegiado de la DECN+. De hecho, en contextos donde estas conductas están tipificadas, la directiva ha sido vista en este punto como un como una norma que pretende un proceso penal especial para delitos de cuello blanco⁷⁰.

La concesión de inmunidad, es decir, el compromiso válido y legalmente eficaz de no acusar a una persona a cambio de la información que pueda proporcionar sobre el delito cometido, los partícipes, la organización criminal y

2019/1937 del parlamento europeo y del consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

⁶⁷ Gutiérrez Rodríguez, M. “La protección penal de la libre formación de los precios en el mercado” en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* Beneito Pérez J.M. y Maillo González-Orús, J. Dirs. (2019), 585-609, considera que los arts. 262, 281 y 284 del Código Penal permitirían sancionar la muchas de estas conductas. No opina lo mismo Mendo Estrella, A. “la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aclaraciones, propuestas y aplicabilidad a los cárteles económicos” *ib.*, 656-658 que considera que la tipificación no está clara. Ambos reconocen, en cualquier caso que apenas han sido utilizados esos preceptos.

⁶⁸ Y, como comenta Baño León, J.M. “La evolución del Derecho”, 298, existe una seria dificultad para hacer compatible la potestad sancionadora con conceptos jurídicos indeterminados de carácter económico.

⁶⁹ Sánchez, P. “Defensa de la competencia”, 71. Sobre las opciones de los diversos países cf. Lozano Manero, A. “Prevenir y castigar: ‘Compliance’ penal y criminalización de los cárteles” en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, 616-622.

⁷⁰ Tricot J. “Special Procedures”, 43.

su modus operandi, es absolutamente desconocida en nuestro ordenamiento. Fundamentalmente porque el derecho penal y su aplicación por los órganos jurisdiccionales se rige por el principio de legalidad y, como es sabido, esto significa que, quienes tienen encomendada la persecución de los delitos y la acusación, tienen obligación de investigar ante la supuesta comisión de un delito, y de acusar, cuando lleguen a la conclusión de que los hechos se han producido y pueden atribuirse a una persona identificada⁷¹.

El Código Penal y otras disposiciones destinadas a erradicar formas concretas de delincuencia, caracterizadas por su dificultad de persecución, contemplan la posibilidad de tomar en consideración la colaboración del autor o cómplice del delito con la investigación, pero en ninguno caso para concederle una inmunidad como la que aparece en el art. 23.2 de la DECN+ sino, como mucho, una disminución de la pena, que puede llegar a la exención en algún delito leve en el que la colaboración es más bien reparación. Hay países que, ante determinados tipos de criminalidad, entre los que se encuentran las tramas de corrupción entre particulares, han incluido la concesión de inmunidad como mecanismo para aumentar la efectividad de la persecución. Medidas que van desde la rebaja de la pena y el cambio de identidad, hasta la exención total de la pena o el archivo de las actuaciones respecto al delator. Puede ser que, al final, no tengamos más remedio de buscar la manera de incorporar estos mecanismos a nuestro sistema, pero lo cierto es que ahora mismo no tenemos nada parecido⁷².

V. CONCLUSIONES

La armonización de los sistemas procesales civiles de los estados miembros de la Unión Europea es un fenómeno que parece consolidarse y el derecho de la competencia está siendo uno de sus campos más recurrentes en los últimos años. El carácter híbrido de esta normativa, derecho mercantil, pero con repercusión en el mercado y control administrativo, provoca un ámbito competencial compartido entre las AC y los tribunales de justicia que genera tensiones y desajustes importantes.

En concreto, la preocupación por asegurar unas condiciones de libre mercado homogéneas en la Unión ha llevado al legislador europeo a esta-

⁷¹ Ortiz Pradillo J.C. "El difícil encaje del delator en el proceso penal español" *Diario La Ley* 4064 (2015), 8.

⁷² Ortiz Pradillo, J. C. "La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia" en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 1, vol. 3 (2017), 39.

blecer normas que constituyen limitaciones o interferencias en la actividad jurisdiccional. Así sucede con el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión y las ANC o los mecanismos de intervención de las AC en los procesos civiles que, diseñados aparentemente como mecanismos de colaboración, interfieren la independencia de los tribunales. Además, en toda la normativa existe una tensión entre el deseo manifestado de promover el ejercicio privado de acciones y la prevención frente a las interferencias que el ejercicio de esas acciones y la jurisprudencia resultante pueden provocar en la aplicación homogénea de las normas.

El resultado, como he tratado de reflejar con el examen de los aspectos más destacados, es bastante deficiente y en cierto modo inquietante; y se inserta en un fenómeno más amplio, de surgimiento de nuevos modelos de creación y aplicación del derecho, en los que la propia función jurisdiccional queda desdibujada o incluso puede ser vista como un obstáculo. Esto pone de relieve la necesidad de actualizar y reforzar los planteamientos de la dogmática procesal de modo que pueda dialogar sin complejos, junto con las demás ramas jurídicas, con otras ciencias, como la economía que, como ocurre en el derecho de la competencia, están de algún modo colonizando ámbitos que deben ser compartidos.

Como ha señalado la doctrina, para que nuestro sistema procesal pueda acompañarse a las necesidades de homologación y modernidad sin perder su calidad y coherencia es necesaria una mayor participación en la génesis de las normas europeas y un estudio más detenido del contexto y finalidad que pretenden, así como de la virtualidad de los mecanismos ya previstos en nuestro ordenamiento procesal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Albella Amigo, Sebastián y de San Román, Jaime. “Notas sobre el régimen sancionador penal y administrativo del abuso de mercado (información privilegiada y manipulación de precios)” en *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos*. (Fundación de Estudios Financieros, 2010), 261-272.
- Alfaro Águila-Real, Jesús “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia” *InDret* 3 (2009), 2-35 https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/667_es.pdf
- Andrés Sáez de Santamaría, Paz. “El estado de Derecho en el sistema institucional de la unión europea: realidades y desafíos” en *Estado de Derecho y Unión Europea*, dirs. Liñán Noguera, D.J. y Martín Rodríguez, P.J. (Madrid, 2018), 146-148.

- Angulo Garcíandía, Álvaro “La interacción entre el programa de clemencia y las acciones privadas de daños por infracciones del Derecho de la Competencia” *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución* 23 (2018), 1-20.
- Baño León, José María “La evolución del Derecho de la Competencia y su irradiación en el derecho público” *Revista de administración pública*, 200 (2016), <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.200.15>
- Bachmaier Winter, Lorena: “Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión”, *Diario La Ley*, 9539 (2019).
- Casino Rubio, Miguel “El discutido cálculo de las multas en materia de defensa de la competencia” *Revista de administración pública* 199 (2016), 155-170.
- Corominas Bach Sergi “El nuevo modelo alemán de acción declarativa (mfkg): ¿una tutela colectiva efectiva del dieselgate?” *Revista General de Derecho Procesal*, 49 (2019), Rev. electrónica.
- Díez Estella, Fernando y García-Verdugo Javier “Las Guidelines del Bundeskartellmat como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015” *Anuario de la competencia* 1 (2015), 341-362.
- Díez-Picazo Giménez, Ignacio “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España” en *1989-2007. Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia – Libro marrón del Círculo de Empresarios*, (Madrid, 2008), 53-74.
- Fernández López, M. “La competencia de los Tribunales de marca comunitaria” *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil* 33 (2006), 40-50.
- Font Ribas, Antoni y Gómez Trinidad, Silvia “Primera aproximación a la Ley 15/2007 de defensa de la competencia” *Revista jurídica de Catalunya* 4, vol. 107 (2008)1101-1130.
- Gascón Inchausti, Fernando. “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 1, vol. 9 (2017), <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3616>
- Gascón Inchausti, Fernando. *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización* (Madrid, 2018).
- Gerber D. J. “Two Forms of Modernization in European Competition Law” *Fordham International Law Journal* vol. 31, 5 (2007), 1235-1265.
- González Granda, Piedad. “La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y a su naturaleza jurídica” *Justicia*, 2 (2017), 117-175.
- Gutiérrez Hernández, Alfonso y Guerra Fernández, Antonio “Primeras experiencias en la aplicación del programa de clemencia en España por parte de la Comisión Nacional de la Competencia” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* vol. Especial 1 (2011), 135-141.

- Gutiérrez Rodríguez, María “La protección penal de la libre formación de los precios en el mercado” en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Beneito Pérez J.M. y Maillo González-Orús, J. Dirs. (2019), 585-609.
- Hernández Bataller, Bernardo “El derecho al pleno resarcimiento en la directiva 2014/104/UE” en *Derecho europeo de la competencia* dir. Ruiz Peris J., coord. Estevan De Quesada, C. (2017), 189-258.
- Hernández Bataller, Bernardo “Pistas sobre la Directiva 2014/104/UE” en *Derecho europeo de compensación de los daños causados por los cárteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, dir. Ruiz Peris, J.I. (Valencia 2018), 35-108.
- Hernández Galilea, Jesús Miguel “La trasposición de la directiva 2014/104/UE al derecho procesal, el blindaje de los programas de clemencia” *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*. Coord. Fuentes Soriano, O y González Cano, I. Dir. Jiménez Conde, F. (Valencia, 2018), 377-386.
- Huschelrath, Kai and Peyer, Sebastian “Public and private enforcement of competition law: a differentiated approach” *World Competition*, 36 (2013), <https://madoc.bib.uni-mannheim.de/33780/1/dp13029.pdf>
- Izquierdo Grau, Guillermo “Análisis sobre la regulación de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español a la luz de las directrices de la Comisión Europea” *Revista General de Derecho Procesal* 49 (2019).
- Kidd, Jeremy. “Probate Funding and the Litigation Funding Debate” *Wash. & Lee L. Rev.* 76 (2019), 261-310.
- Lozano Maneiro, Amparo “Prevenir y castigar: ‘Compliance’ penal y criminalización de los cárteles” en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Beneito Pérez J.M. y Maillo González-Orús, J. Dirs. (2019), 611-629.
- Marcos, Francisco “Incontinencia judicial en defensa de la competencia” *La Ley Mercantil* 26 (2016).
- Marino, Silvia “Recent (and future), developments of EU Competition Law”. *EU and comparative law issues and challenges series* 4 (2020), <https://doi.org/10.25234/eclic/11925>
- Martínez Saldaña, David; Abril Martínez, Javier; Rodríguez Celada, Enrique y Reyes Rico, Itziar “La protección del whistleblower tras la directiva (ue), 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 53 (2019), 24-68.
- Mendo Estrella, Álvaro. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aclaraciones, propuestas y aplicabilidad a los cárteles económicos” en *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Beneito Pérez J.M. y Maillo González-Orús, J. Dirs. (Pamplona, 2019), 631-662.
- Ortiz Pradillo, Juan Carlos “La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia” en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 1, vol. 3 (2017), 39-70.

- Ortiz Pradillo, Juan Carlos. C. “El difícil encaje del delator en el proceso penal español (1)” *Diario La Ley* 8560 (2015), 1-10.
- Partiti, Enrico. “Orchestration as a form of public action: The EU engagement with voluntary sustainability standards” *European Law Journal* 1, vol. 25 (2019), 94-117.
- Pérez Fernández, Patricia “Intereses públicos y privados en acciones por resarcimiento de daños derivados de ilícitos anticompetitivos” (Repositorio de la Universidad de Castilla la Mancha 2019), <http://hdl.handle.net/10578/22261>
- Renda, A. (Coord.); Peysner J.; Riley, A.J.; Rodger, B.J.; Van Den Bergh, R.J.; Keske, Sonja; Carli, G.; Pardolesi, R.; Camilli, E.L. and Caprile, P. *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report For The European Commission* (2007), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf
- Rodríguez Díaz, Isabel. “Defensa de la competencia, acción de daños y exenciones” *Revista Lex Mercatoria* 6 (2017), <https://doi.org/10.21134/lex.v4i1.1308>
- Sánchez, Pilar. “Defensa de la competencia y diseño institucional” en *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, coord. Segura, J. (Madrid, 2018), 41-144.
- Sancho Gargallo, Ignacio “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia” *InDret* 1 (2009), 3-35 <https://indret.com/ejercicio-privado-de-las-acciones-basadas-en-el-derecho-comunitario-y-nacional-de-la-competencia/>
- Schreiber, Till and Seegers, Martin “The EU Directive on Antitrust Damage Actions and the Role of Bundling Claims by Assignment” *Antitrust Chronicle* 2 (2015), 1-20.
- Serrano Masip, Mercedes “Efectos de la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea sobre el proceso civil interno” *Revista de Estudios Europeos* 68 (2016), 5-32.
- Sopeña Blanco, Vera y Martín Martín, Gustavo Andrés “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida” *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 17 (2015), 1-21.
- Torre Sustaeta, M^a Victoria. “Sobre el efecto vinculante de la resolución judicial a la administrativa antes y después de la directiva de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia” *Revista Vasca De Derecho Procesal y Arbitraje*, 3 vol. 27 (2015), 425-446.
- Tricot, Juliette “Special Procedures for White-Collar and Corporate Wrongdoing”. *The Oxford Handbook of Criminal Process*, 1403 (2019), 437-472.
- Vidal, Patricia; Capilla Agustín y Gual Cristian. “El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 47 (2017), 39-53.

Wagner-Von Papp, Florian. "Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market" (ECN Plus Directive), *Competition Policy International* 7 (2019), 2-11.

Wilms, Günter *Protecting fundamental values in the European Union through the rule of law Articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle*. Florence, 2017. DOI. 10.2870/083300.

Witt, Anne C. *The more economic approach to EU antitrust law* (Oxford, 2016).

LA RESPUESTA ANTE LA FALTA DE COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA. REFLEXIONES AL HILO DE LAS DENEGACIONES REITERADAS EN LA EJECUCIÓN DE LAS ODE EN EL CASO PROCÉS¹

THE RESPONSE TO THE LACK OF JUDICIAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS WITHIN THE EUROPEAN UNION. COMMENTS IN THE LIGHT OF THE RECURRENT REFUSALS CONCERNING THE EXECUTION OF EAW IN THE CASE "PROCÉS"

Alejandro HERNÁNDEZ LÓPEZ

Investigador Postdoctoral FPI-MINECO Universidad de Valladolid
alejandro.hernandez.lopez@uva.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL RECHAZO DE LAS PRIMERAS ODE DICTADAS EN FASE DE INSTRUCCIÓN. 1. El origen: las ODE dictadas por el Juzgado Central de Instrucción n.º 3. 2. Bélgica y el rechazo por defectos formales. 3. Alemania y el problema de la doble incriminación. 4. Reino Unido y el incumplimiento de plazos. 5. La precipitada retirada de las ODE como respuesta de la autoridad judicial española. III. LA COMPLEJA SITUACIÓN PROCESAL TRAS LA SENTENCIA. 1. La cuestión de la inmunidad parlamentaria europea. 2. El nuevo rechazo a la entrega de Bélgica: el caso Puig y su incidencia en la situación del resto de procesados. IV. POSIBILIDADES QUE BRINDA ACTUALMENTE EL DERECHO DE LA UNIÓN ANTE UNA DENEGACIÓN REITERADA. 1. El procedimiento por incumplimiento. 2. El dictamen de Eurojust. 3. El planteamiento de una cuestión prejudicial por la autoridad de emisión. V. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REFORMA: BREVES REFLEXIONES *DE LEGE FERENDA*. 1. Una reforma centrada en la revisión del instrumento de reconocimiento mutuo. 2. Una reforma centrada en la mejora en la respuesta jurisdiccional europea. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco de los proyectos de investigación "Garantías procesales de investigados y acusados: la necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito UE" (MINECO, ref. DER 2016-78096-P) y "Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio" (JCYL, ref. VA135G18). El autor quiere agradecer a los revisores sus valiosas aportaciones y comentarios al texto inicial.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo el análisis de la compleja situación procesal en la que se encuentran las autoridades judiciales españolas en el caso *Procés*. Tras la sucinta explicación de los principales hitos de este caso y los motivos detrás de las denegaciones en la entrega sufridas por las autoridades judiciales españolas, se evaluarán los mecanismos disponibles conforme al actual Derecho de la Unión para tratar de impugnar esta decisión. El trabajo concluye reflexionando sobre las debilidades que presenta el actual sistema de control de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo y sobre la oportunidad de explorar nuevas soluciones vía reformas *de lege ferenda*.

Palabras clave: Orden Europea de Detención y Entrega, Caso *Procés*, motivos de denegación, doble incriminación, cuestión prejudicial Art. 267 TFUE

Abstract: This paper aims to analyse the complex procedural situation that the Spanish judicial authorities are facing within the framework of the so-called *Procés* case. After a brief explanation of the main milestones of this case and the reasoning behind the refusals of the surrender of the requested suspects encountered by the Spanish judicial authorities, the mechanisms available to challenge this decision according to the current EU legal framework are assessed. It concludes by reflecting on the weaknesses associated with the control of the application of the mutual recognition principle and on the convenience of exploring new solutions by undertaking future amendments to EU law.

Keywords: European Arrest Warrant, Case *Procés*, grounds for refusal, double criminality, preliminary ruling request Art. 267 TFEU

I. INTRODUCCIÓN

Los hechos acontecidos en otoño de 2017 en Cataluña dieron lugar a la que sin duda es una de las causas penales más importantes de la historia democrática española. Los preparativos y la celebración de un referéndum de autodeterminación, que había sido suspendido cautelarmente² y posteriormente declarado inconstitucional³, junto con la subsiguiente y aparente declaración de independencia proclamada el 10 de octubre en el parlamento regional catalán, desembocaron en la incoación de diferentes procesos penales contra los principales promotores y responsables de aquellos acontecimientos, el principal de ellos desarrollado ante el Tribunal Supremo y comúnmente conocido como el caso *procés*⁴.

Como ya es de sobra conocido, durante la fase de instrucción del caso *procés*, algunos de los principales investigados, entre ellos, el propio expresidente de la *Generalitat* de Cataluña, Carles Puigdemont, consiguieron eludir la acción de la justicia española estableciéndose en diferentes Estados miembros de la Unión Europea. Este hecho provocó la emisión por parte

² Cfr. providencia del TC de 7 de septiembre de 2017, BOE n.º 216 de 8 de septiembre de 2017.

³ Cfr. STC 114/2017, de 17 de octubre, ES:TC:2017:114.

⁴ Causa especial n.º 20907/2017.

de las autoridades judiciales españolas de Órdenes de Detención Europeas (ODE)⁵ reclamando su entrega. Sin embargo, todas las ODE emitidas por las autoridades españolas en fase de instrucción fueron sistemáticamente postergadas, rechazadas, o gravemente condicionadas por las autoridades de ejecución de cada uno de los Estados miembros requeridos (Bélgica, Alemania y Reino Unido), imposibilitando así el ejercicio de la jurisdicción española sobre estas personas.

Tras la sentencia⁶ y la consiguiente condena de los principales responsables presentes por los delitos de sedición y malversación, el magistrado instructor ha considerado oportuno reactivar las ODE contra el resto de los procesados en situación de rebeldía que actualmente continúan establecidos en otros Estados miembros de la UE —principalmente, en Bélgica—. En ellas, solicita su entrega por los delitos de sedición y/o por el de malversación por el que ya han sido condenados la mayor parte de los enjuiciados presentes, descartando finalmente el delito de rebelión. Sin embargo, se ha producido un acontecimiento que ha incrementado aún más la complejidad de este asunto: la decisión del TJUE en el asunto *Junqueras Vies*⁷. Esta controvertida decisión, resultado del planteamiento de varias cuestiones prejudiciales por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ha producido efectos colaterales en la situación algunos procesados en situación de rebeldía, como Carles Puigdemont, Antoni Comín y Clara Ponsatí, que han podido acceder a la condición de parlamentarios europeos y disfrutar así de la inmunidad parlamentaria reconocida por el Derecho de la Unión.

En este contexto de incertidumbre, el objetivo principal de esta aportación es reflexionar sobre las diferentes opciones que existen actualmente en el Derecho de la Unión Europea para resolver aquellas situaciones en las que las autoridades de emisión se enfrentan a la denegación sistemática de la ejecución de una ODE que les impide ejercer su jurisdicción sobre personas huidas de la justicia.

En este sentido, en las siguientes líneas se estudiará esta problemática desde la perspectiva de las autoridades judiciales españolas en el caso *procés*. En concreto, se expondrán y analizarán críticamente cuáles son las posibles soluciones que ofrece actualmente el Derecho de la Unión, todas ellas desde una pers-

⁵ Cfr. AAN 1115/2017, de 3 de noviembre de 2017, ES:AN:2017:1115A; retiradas por el Tribunal Supremo al asumir la competencia, cfr. ATS 11209/2017, de 5 de diciembre de 2017, ES:TS:2017:11325A; nuevamente emitidas por el Tribunal Supremo con posterioridad, cfr. ATS de 23 de marzo de 2018 en la causa especial n.º 20907/2017.

⁶ STS 2997/2019, de 14 de octubre de 2019, ES:TS:2019:2997.

⁷ STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Junqueras Vies*, C-502/19, EU:C:2019:1115.

pectiva estrictamente jurídica y a la luz de la reciente jurisprudencia europea, que podrían ser exploradas para discutir eventuales nuevas denegaciones de la entrega. Tras el análisis de las diferentes opciones disponibles y de la evaluación de su potencial eficacia, se concluirá con una reflexión crítica sobre el sistema actual contemplado en el Derecho de la Unión en torno a esta cuestión, incluyendo algunas propuestas *de lege ferenda*, a fin de suscitar una discusión doctrinal sobre la aparente carencia de procedimientos y/o medios de impugnación eficaces que permitan controlar la adecuada aplicación del principio de reconocimiento mutuo en supuestos problemáticos como el presente.

II. EL RECHAZO DE LAS PRIMERAS ODE DICTADAS EN FASE DE INSTRUCCIÓN

1. EL ORIGEN: LAS ODE DICTADAS POR EL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N.º 3

Los antecedentes de la causa principal relacionada con el *procés* se remontan a las diligencias iniciadas por el juzgado de instrucción n.º 13 de Barcelona⁸ y, posteriormente, la instrucción asumida por el JCI n.º 3 de la Audiencia Nacional⁹. La magistrada instructora de este último órgano fue la primera en dictar las órdenes de detención nacionales contra las personas huidas en Bélgica, a petición de la fiscalía, emitiendo a su vez las correspondientes ODE para reclamar su entrega a España¹⁰. Con motivo de estas ODE, la fiscalía belga ordenó la detención del Sr. Puigdemont y de los otros cuatro exconsejeros huidos en ese momento en Bélgica, quienes se pusieron voluntariamente a disposición de la autoridad judicial competente. El juez belga decidió no obstante su puesta en libertad junto con la imposición de medidas cautelares.

Durante la tramitación de estos primeros procedimientos de ODE, las reticencias de las autoridades judiciales belgas en relación con la entrega no tardaron en manifestarse. A las ya de por sí serias dudas sobre el cumplimiento del principio de doble incriminación —motivo de denegación facultativo de la ODE sobre el que volveremos posteriormente— respecto del delito de rebelión a la luz del derecho penal sustantivo de Bélgica, las autoridades de este Estado miembro llegaron a solicitar a las autoridades nacionales españolas información complementaria sobre la situación de nuestras cárceles. Esta

⁸ Diligencias Previas n.º 118/2017.

⁹ Cfr. AAN 905/2017, de 27 de septiembre de 2017, ES:AN:2017:905A.

¹⁰ Cfr. AAN 1115/2017, de 3 de noviembre de 2017, ES:AN:2017:1115A.

solicitud, lógicamente improcedente desde la perspectiva española, evocaba en cierta manera a la situación ya planteada por las autoridades alemanas respecto al estado de las cárceles rumanas y húngaras, y que dio lugar a la trascendental STJUE *Aranyosi y Căldăraru*¹¹. Por otra parte, el historial de cooperación judicial en materia penal entre Bélgica y España no está exento de polémicas, pues ya se han utilizado argumentos similares para la denegación de la entrega de terroristas de ETA por la apreciación, *inter alia*, de un supuesto riesgo de violación de derechos humanos como la prohibición de la tortura y tratos degradantes reconocidos por el CEDH, posición que oportunamente ha sido censurada por el propio TEDH¹².

Una vez el Tribunal Supremo asumió la competencia para instruir y enjuiciar también a las personas objeto de estas primeras ODE emitidas por la Audiencia Nacional¹³, el procedimiento de entrega sustanciado en Bélgica fue archivado abruptamente por la decisión del magistrado instructor de retirarlas¹⁴. Esta decisión estuvo presuntamente motivada por el temor a un rechazo de la entrega en una fase tan prematura de la instrucción. En consecuencia, tras el dictado del auto de procesamiento¹⁵, el magistrado instructor decidió reactivar las ODE contra todos los procesados que continuaban huidos de la acción de la justicia española¹⁶.

2. BÉLGICA Y EL RECHAZO POR DEFECTOS FORMALES

Transmitidas las nuevas ODE a Bélgica, lugar donde se encontraban residiendo la mayor parte de los procesados prófugos, las autoridades de este país procedieron de nuevo a la detención de las personas requeridas por la justicia española e iniciaron el correspondiente procedimiento de decisión sobre las ODE.

Aunque durante su tramitación la fiscalía belga se mostró a favor de la postura española, la autoridad judicial competente para la decisión resolvió no obstante no acceder a la entrega de los reclamados. La última denegación de las ODE españolas se fundamentó en la aplicación de la doctrina sentada por el

¹¹ Cfr. STJUE de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15, EU:C:2016:198.

¹² Cfr. STEDH *Romeo Castaño c. Bélgica*, de 9 de julio de 2019, CE:ECHR:2019:0709JUD000835117.

¹³ Cfr. ATS 12057/2017, de 24 de noviembre de 2017, ES:TS:2017:12057A.

¹⁴ Cfr. ATS 11209/2017, de 5 de diciembre de 2017, ES:TS:2017:11325A.

¹⁵ Cfr. ATS de 21 de marzo de 2018 en la causa especial n.º 20907/2017, confirmado por la Sala en su ATS 6972/2018, de 26 de junio de 2018, ES:TS:2018:6972A.

¹⁶ Cfr. ATS de 23 de marzo de 2018 en la causa especial n.º 20907/2017, posteriormente declarados en situación de rebeldía mediante ATS 8089/2018, de 9 de julio de 2018, ES:TS:2018:8089A, confirmada por la Sala en su ATS 8351/2019, de 10/07/2019, ES:TS:2019:8351A.

Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Bob-Dogi*¹⁷. Conforme a este pronunciamiento, es requisito indispensable para la válida emisión de una ODE que exista previamente una orden de detención nacional, requisito formal que exige el Art. 8.1 c) de la Decisión Marco 2002/584/JAI sobre la ODE¹⁸. Ahora bien, antes de rechazar la entrega por este motivo, la autoridad de ejecución debe requerir a la autoridad de emisión la aportación de información complementaria que permita verificar si esta omisión es fruto de un error material —no existe efectivamente orden de detención a nivel nacional— o si, por el contrario, se debe a un simple error formal y subsanable de la solicitud —existe una orden de detención nacional pero no ha sido pertinentemente mencionada—.

Así pues, partiendo de la doctrina extraída de esta sentencia del Tribunal de Luxemburgo, la autoridad de ejecución belga requirió a la autoridad nacional española que aportase dicha información complementaria a efectos de verificar la preexistencia de una orden de detención nacional. A pesar de los esfuerzos que el magistrado instructor español invirtió en tratar de justificar a sus homólogos belgas que el auto de procesamiento confirmaba las órdenes de detención nacional ya dictadas contra las personas requeridas en noviembre de 2017, cuando el procedimiento aún estaba siendo instruido por el JCI n.º 3¹⁹, y que sus efectos jurídicos colmaban sobradamente el requisito exigido por el Art. 8.1 c) de la Decisión Marco 2002/584/JAI de que exista previamente en el Estado de emisión una resolución ejecutiva equiparable a una orden de detención, la autoridad de ejecución belga terminó no obstante rechazando la entrega por entender que la autoridad española requirente no había acreditado la existencia de una orden de detención a nivel nacional.

Esta interpretación *ultra vires* del requisito formal del Art. 8.1 c) de la Decisión Marco 2002/584/JAI, difícilmente compatible con de los principios de reconocimiento mutuo y de cooperación leal entre Estados miembros que deben inspirar la aplicación del instrumento, sirvió al Tribunal belga como motivo principal para rechazar la ODE sin necesidad de entrar a valorar la cuestión de fondo.

3. ALEMANIA Y EL PROBLEMA DE LA DOBLE INCRIMINACIÓN

Al contrario de lo que sucedía en el caso belga, en el caso alemán la ODE estaba dirigida exclusivamente contra el Sr. Carles Puigdemont, que

¹⁷ STJUE de 1 de junio de 2016, *Bob-Dogi*, C-241/15, EU:C:2016:385.

¹⁸ Versión consolidada de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18 de julio de 2002).

¹⁹ Cfr. AAN 1115/2017, de 3 de noviembre de 2017, *cit.*; AAN 1326/2017, de 3 de noviembre de 2017, ES:AN:2017:1326A.

fue interceptado por la policía alemana en un dispositivo aparentemente articulado en colaboración con la policía española y el CNI²⁰ cuando regresaba circunstancialmente a su residencia en Bélgica tras impartir una conferencia en la Universidad de Helsinki.

En este caso, las expectativas de entrega eran mucho mayores, habida cuenta de las excelentes relaciones de cooperación policial y judicial que, tradicionalmente, mantienen las autoridades españolas y alemanas. Además, desde el punto de vista del derecho penal sustantivo, el código penal alemán parecía contemplar, *a priori*, tipos semejantes a los delitos de sedición y rebelión contemplados en el código penal español. En concreto, se pensó en el delito de alta traición (*Hochverrat*) contra el Estado federal del § 81 *StGB* como posible tipo “asimilable” a la rebelión en España. Por ello, la posibilidad de que la entrega por estos delitos fuese rechazada en aplicación del principio de doble incriminación, situación que parecía factible en Bélgica si su autoridad judicial hubiese entrado a decidir sobre el fondo, parecía una circunstancia improbable en el caso alemán.

Desgraciadamente, los hechos pronto frustraron las grandes expectativas depositadas en la respuesta de la justicia alemana. A pesar de la postura de la fiscalía alemana del *land* de Schleswig-Holstein, favorable en todo momento a la entrega por todos los delitos recogidos en la ODE española —malversación, sedición y rebelión—, y de la constante coordinación entre las fiscalías germana y española, en colaboración con Eurojust²¹, para tratar de conseguir la entrega de la persona reclamada, el Tribunal regional alemán rechazó sistemáticamente la entrega por los delitos más graves que motivaban la ODE (rebelión y sedición) durante todo el procedimiento de decisión.

En su primera resolución²², el *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* rechazó de manera preliminar la existencia de violencia lo suficientemente intensa en los hechos descritos en la ODE como para integrar el delito de alta traición desde la perspectiva del derecho penal

²⁰ Las circunstancias en las que se produjo la participación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en este dispositivo son algo confusas. En un primer momento, la prensa anunció la intervención de agentes de la policía nacional y del CNI en la intercepción. Sin embargo, en la sesión de 30 de octubre de 2018 de la Comisión de Interior del Senado, la Secretaria de Estado de Seguridad no confirmó dicha intervención a preguntas formuladas por el Grupo Mixto. (*vid.* n.º exp. 681/002999).

²¹ Tras la primera resolución preliminar, contraria a la entrega del Sr. Puigdemont por los delitos más graves, se celebró una reunión entre fiscales españoles y alemanes en abril de 2018 en la sede de Eurojust en La Haya para coordinar la estrategia a seguir en el procedimiento de entrega mantenido en Alemania. El contenido de dicha reunión no ha trascendido a la opinión pública.

²² *Cfr.* Resolución del *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* de 5 de abril de 2018, en el procedimiento de referencia 1 Ausl (A) 18/18 (20/18), DE:OLGSH:2018:0405.1AUSL.A18.18.20.1.00.

alemán, por lo que entendió que las exigencias derivadas de la aplicación del principio de doble incriminación o tipificación no se veían cumplidas. En su segunda resolución²³, volvió a rechazar el cumplimiento del principio de doble incriminación respecto de los delitos más graves, entendiendo entonces que la violencia del 1-0 no podía atribuirse personalmente a la persona requerida²⁴. Finalmente, en su resolución de 12 de julio de 2018²⁵, el *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* mantuvo el rechazo a la entrega por los delitos de rebelión y sedición en aplicación del motivo de denegación facultativo fundamentado en la aplicación del principio de doble incriminación del Art. 2.4 en relación con el Art. 4.1 de la Decisión Marco 2002/584/JAI. Dicho precepto permite, para aquellos delitos que no figuran entre la lista de delitos que motivan la entrega automática del Art. 2.2, supeditar la entrega del reclamado a la comprobación de que los hechos que justifican la ODE sean también constitutivos de delito en el Estado miembro de ejecución. No obstante, sí que aceptó la entrega del expresidente Puigdemont por el delito de malversación por el que también se encontraba procesado.

En efecto, el Tribunal alemán realizó una interpretación estricta del principio de doble incriminación²⁶, similar a la utilizada, en la práctica, en los procedimientos clásicos de extradición. El órgano jurisdiccional llegó a la conclusión de que los hechos descritos en la ODE relativos a los delitos de sedición y rebelión por los que se solicitaba la entrega del expresidente de la *Generalitat* no permitían concluir que existiese un grado de violencia suficiente como el requerido en el delito de alta traición tipificado en el § 81 del código penal alemán, ni que esta violencia pudiera atribuírsele directamente. En síntesis, el Tribunal alemán realizó, a partir de la información proporcionada por el magistrado español en su solicitud, una valoración sobre el fondo del asunto y sobre la participación del requerido en los hechos que, aparentemente, ni le correspondía realizar ni estaba en posición de emprender.

²³ Cfr. Resolución del *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* de 22 de mayo de 2018, procedimiento de referencia 1 Ausl (A) 18/18 (20/18).

²⁴ Entiende Javato Martín (2018, 67) que ambas resoluciones del *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* son contradictorias entre sí, puesto que en la primera el Tribunal alemán sí parece atribuir la violencia al Sr. Puigdemont, a pesar de que la considerase insuficiente para integrar el tipo.

²⁵ Resolución del *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* de 12 de julio de 2018, procedimiento de referencia 1 Ausl (A) 18/18 (20/18), DE:OLGSH:2018:0712.1AUSL.A18.18.20.1.00.

²⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* Muñoz de Morales Romero (2019-1).

4. REINO UNIDO Y EL INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS

A pesar de su menor incidencia mediática, la situación inicial de la exconsejera Clara Ponsatí, que en un primer momento decidió refugiarse en Escocia donde ejerce como profesora universitaria, no estuvo tampoco exenta de problemas. Ante la noticia de la emisión de una ODE contra ella, la también procesada optó por entregarse a las autoridades de aquel país, siendo inmediatamente puesta en libertad junto con la imposición de la retirada de su pasaporte.

En este caso es cierto que no puede hablarse estrictamente de una denegación de la ejecución, puesto que la autoridad escocesa competente para decidir sobre el asunto ni siquiera llegó a emitir una decisión al respecto. Bien es cierto que las autoridades escocesas rechazaron inicialmente tramitar esta ODE contra la Sra. Ponsatí por considerarla “desproporcionada con arreglo a la legislación del Reino Unido”, aunque esta declaración fue inmediatamente subsanada por las autoridades británicas²⁷. Al margen de lo anterior, teniendo en cuenta que la ODE se dictó y transmitió el 23 de marzo de 2018, y que la exconsejera se entregó el 28 de ese mismo mes, podemos afirmar que la autoridad de ejecución incumplió los plazos previstos en el Art. 17 de la Decisión Marco 2002/584/JAI para resolver sobre la entrega, lo que no obstante no le eximía de su obligación de pronunciarse sobre el asunto conforme a la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Lanigan*²⁸. Con todo ello, sí que se llegó a fijar una fecha a finales de julio de 2018 para iniciar el procedimiento de entrega, y que la fiscalía escocesa, en principio, se había mostrado favorable a ella, pero la retirada prematura de esta ODE por parte del magistrado español, cuestión que trataremos a continuación, terminó por dejar sin efecto este señalamiento.

5. LA PRECIPITADA RETIRADA DE LAS ODE COMO RESPUESTA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL ESPAÑOLA

La falta de cooperación de las autoridades nacionales de los Estados miembros requeridos colocó al magistrado instructor en una difícil situación. La resolución alemana aceptando la entrega únicamente por el delito de malversación precipitó el rechazo a la entrega condicionada y la retirada

²⁷ No obstante, la supuesta desproporción de la ODE volvió a ser utilizada como argumento por las autoridades de Reino Unido en noviembre de 2019 para rechazar provisionalmente la tramitación de una segunda ODE contra Clara Ponsatí emitida por el magistrado instructor tras la sentencia.

²⁸ Cfr. STJUE de 16 de julio de 2015, *Lanigan*, C-237/15 PPU, EU:C:2015:474.

de todas las ODE hasta ese momento activas contra el Sr. Puigdemont y el resto de reclamados²⁹, al entender que “el Tribunal Supremo español, como órgano judicial de emisión de la euroorden, no puede dirigirse al TJUE para plantear una cuestión prejudicial que intente suplir o colmar el déficit de colaboración padecido”³⁰.

Mediante esa afirmación, el magistrado español interpretó que le correspondía al Tribunal alemán en exclusiva el planteamiento de las cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Art. 2.4 *in fine* de la Decisión Marco 2002/584/JAI y que, además, este órgano estaba obligado a ello en virtud del Art. 267 párrafo tercero TFUE, pues la decisión del Tribunal alemán no era susceptible de ulterior recurso. Uno de los argumentos que utilizó el magistrado para reforzar su postura se apoyaba en la opinión del Abogado General en el asunto *AY*, en la que éste defendía la incompetencia del TJUE para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales solicitadas por un Estado de emisión en relación con los motivos de denegación esgrimidos por el Estado de ejecución³¹.

Sin embargo, en contra de la opinión del Abogado General, El Tribunal de Luxemburgo en su sentencia en el asunto *AY*³² admitió finalmente el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de las autoridades que emiten una ODE en relación con la interpretación y la aplicación de motivos de denegación que corresponde apreciar a las autoridades nacionales de ejecución. Dicha sentencia, publicada tan solo seis días después del auto de retirada de las ODE, contradice la postura mantenida hasta el momento por la doctrina mayoritaria y que lamentablemente fue asumida prematuramente por el magistrado instructor español en su resolución.

En consonancia con la doctrina sobre la competencia del TJUE que puede extraerse de *AY*, el Supremo estaba plenamente legitimado para plantear

²⁹ Dejando a un lado el examen sobre la procedencia de la retirada de la ODE por parte del magistrado instructor, una cuestión sobre la que también existía controversia era determinar si la autoridad de emisión está facultada para desistir de su solicitud en cualquier momento. En este sentido, a pesar de que la Decisión Marco 2002/584/JAI no prevé expresamente la posibilidad de retirar una ODE una vez emitida, sí lo hace en cambio el Art. 10.2 del *manual de para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas* [Comunicación de la Comisión C (2017) 6389 final, de 28 de septiembre de 2017]. Autores como Ruz Gutiérrez (2020, 197) ponen además de relieve como en España el Art. 11 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE n.º 282, de 21 de noviembre de 2014) sí que prevé expresamente este supuesto.

³⁰ Cfr. ATS 8477/2018, de 19 de julio de 2018, ES:TS:2018:8477A.

³¹ Vid. Conclusiones del Abogado General en el asunto *AY*, de 16 de mayo de 2018, EU:C:2018:317, en especial apartados 28-32.

³² STJUE de 25 de julio de 2018, *AY*, C-268/17, EU:C:2018:602.

una cuestión prejudicial con base en el Art. 267 TFUE, a fin de determinar si la interpretación del alcance y sentido del Art. 2.4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI realizada por el Tribunal alemán debía considerarse o no conforme al Derecho de la Unión. La cuestión debería haber sido admitida por el Tribunal de Luxemburgo, teniendo en cuenta que la decisión del Tribunal alemán condicionaba evidentemente la decisión final del magistrado español de mantener o retirar la ODE emitida, por lo que la relación con el objeto del litigio principal habría estado suficientemente acreditada y no podría haberse considerado una cuestión de naturaleza hipotética.

Concretamente, el magistrado español podría haber aprovechado la oportunidad que se le presentaba en ese momento para cuestionar al TJUE sobre el alcance del motivo de denegación basado en el principio de doble incriminación establecido en el Art. 4.1 en relación con el Art. 2.4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, teniendo en cuenta la matización introducida por el propio Art. 2.4 *in fine*, que establece que los hechos deben ser constitutivos de un delito en el Estado miembro de ejecución “con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo”.

El inciso final de este artículo parece acotar la interpretación del principio de doble incriminación para permitir únicamente su aplicación *in abstracto*, rechazando una aplicación estricta *in concreto* como la realizada en este caso por el Tribunal alemán³³. Apoyaba la pertinencia de esta cuestión el hecho de que este extremo no ha sido aún aclarado por la justicia europea, pues hasta fecha el TJUE no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de este precepto. No obstante, sí que ha tenido la ocasión de realizar una interpretación en este sentido en el asunto *Grundza*³⁴, partiendo del Art. 7.3 de la Decisión Marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a la ejecución de sentencias en materia penal³⁵, precepto cuya dicción literal es prácticamente idéntica a la del Art. 2.4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI. Este precedente parece reforzar la teoría de que el Tribunal de Luxemburgo podría haber adoptado una solución similar en su aplicación a la ODE en el supuesto de que se le hubiera llegado a plantear la cuestión.

³³ Sobre esta cuestión, *vid.* Muñoz de Morales Romero (2020, 140-143); Nieto Martín (2018, 21-28).

³⁴ *Cfr.* STJUE de 11 de enero de 2017, *Grundza*, C-289/15, EU:C:2017:4, apartado 34. Sobre la interpretación *in concreto* o *in abstracto* para la apreciación de un motivo de denegación, en este caso relativo a la minoría de edad, resulta también pertinente la STJUE de 23 de enero de 2018, *Piotrowski*, C-367/16, EU:C:2018:27. Sobre la compatibilidad de ambas respuestas, *vid.* Ruíz Yamuza (2019, 470-475).

³⁵ DO L 327 de 5 de diciembre de 2008.

III. LA COMPLEJA SITUACIÓN PROCESAL TRAS LA SENTENCIA

1. LA CUESTIÓN DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA EUROPEA

Como ya ha sido expuesto al inicio de este trabajo, tras la publicación de la sentencia del *caso Procés* dictada por el Tribunal Supremo en octubre de 2019 y que condenó a los principales acusados presentes a penas de hasta trece años por los delitos de sedición y malversación, la justicia española decidió reanudar sus esfuerzos para lograr la entrega de los procesados que aún se encuentran en situación rebeldía, lo que se tradujo en la renovada emisión por parte del magistrado instructor de sendas ODE contra éstos³⁶. Estas nuevas ODE excluyen la petición de entrega por el delito de rebelión, no estimado en la sentencia dictada contra los ahora condenados presentes. Además, los autos también renuevan todas las órdenes nacionales de busca y captura, gesto expreso que, si bien puede resultar innecesario desde el punto de vista del derecho procesal español, permite entrever la voluntad del magistrado instructor de impedir un nuevo rechazo basado en la existencia de defectos formales insubsanables en la solicitud.

Sin embargo, durante la tramitación del procedimiento de entrega, se ha producido un hecho de importancia capital cuyo origen se remonta a antes de la publicación de la sentencia. Con motivo de un recurso por la denegación de un permiso extraordinario de salida solicitado por el Sr. Oriol Junqueras para cumplir con los trámites requeridos por la legislación española para poder formalizar su condición de parlamentario electo al Parlamento Europeo, la Sala Segunda acordó plantear al TJUE varias cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad de la situación de prisión provisional del entonces acusado —hoy condenado— con su condición de eurodiputado electo³⁷. Por medio de estas cuestiones, la Sala preguntó al TJUE, en esencia, si la inmunidad parlamentaria es aplicable a una persona proclamada electa al Parlamento Europeo, pero que no ha cumplido los trámites necesarios para formalizar su condición por encontrarse procesada y en situación de prisión provisional con anterioridad a esta circunstancia.

En su respuesta, el Tribunal de Luxemburgo determinó que un electo sí goza de inmunidad desde el momento en el que es proclamado³⁸, y que esta situación implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta al objeto de poder desplazarse al Parlamento Europeo y cumplir así

³⁶ Cfr. AATS 14234/2019, de 14 de octubre de 2019, ES:TS:2019:14234A; 11379/2019, de 4 de noviembre de 2019, ES:TS:2019:11379A.

³⁷ ATS 7605/2019, de 1 de julio de 2019, ES:TS:2019:7605A.

³⁸ Cfr. STJUE *Junqueras Vies*, *cit.*, apartados 71-74.

con las formalidades requeridas. No obstante, la Gran Sala matizó que si a pesar de todo la autoridad judicial española estimaba conveniente mantener la situación de prisión provisional, debía solicitar a la mayor brevedad que se suspendiese dicha inmunidad a través del correspondiente suplicatorio³⁹.

Dejando a un lado la crítica a la interpretación quizás excesivamente formalista de España respecto a la necesidad de cumplir con los trámites necesarios para acceder a la condición de europarlamentario electo⁴⁰, la decisión del Tribunal de Luxemburgo sobre esta cuestión es profundamente criticable por varias razones. En primer lugar, considero que las cuestiones planteadas debían haberse rechazado por considerarse de naturaleza hipotética⁴¹, puesto que en el momento en el que el TJUE hace público su pronunciamiento (diciembre de 2019), el Sr. Oriol Junqueras ya no se encontraba en situación de prisión provisional, sino cumpliendo condena como resultado de la sentencia firme dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en octubre de ese mismo año. Por lo tanto, la interpretación que finalmente realizó el TJUE carecía en ese momento de utilidad para resolver el litigio principal, lo que en aplicación de su propia doctrina⁴² debería haber motivado su inadmisión⁴³.

En segundo lugar, la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo es criticable en cuanto al fondo, ya que la solución a la que llega es, en esencia, manifiestamente contraria a la mantenida hasta ese momento tanto por el propio Tribunal⁴⁴ como por el Parlamento Europeo⁴⁵. A mi juicio, la respuesta del TJUE ampara una interpretación torticera de la normativa europea relativa a los privilegios e inmunidades muy alejada de su fundamento primigenio, llegando a amparar que una persona prófuga y acusada por delitos muy graves en un Estado miembro pueda adquirir con posterioridad la condición de europarlamentario e invocar así su inmunidad sin necesidad de cumplir los trámites requeridos a nivel nacional, haciendo inútil toda regulación do-

³⁹ *Ibidem*, apartado 94.

⁴⁰ Sobre esta cuestión en relación con la aplicación en España de la respuesta del TJUE a las cuestiones planteadas, *Vid.* por todos Morena Catena (2019, 230-232).

⁴¹ En este sentido, *cfr.* ATJUE *Aranyosi II*, C-496/16, de 15 de noviembre de 2017, EU:C:2017:866.

⁴² *Cfr.* AATJUE de 15 de noviembre de 2017, *Aranyosi II*, *cit.*, apartados 27-29; de 3 de septiembre de 2015, *Orrego Arias*, C-456/14, ECLI:EU:C:2015:550, apartados 21-26.

⁴³ Esta posición fue también defendida por el gobierno español en el procedimiento y finalmente rechazada por la Gran Sala, *cfr.* STJUE *Junqueras Vies*, *cit.*, apartados 51-58.

⁴⁴ *Cfr.* SSTJUE de 7 de julio de 2005, *Le Pen*, C-208/03, EU:C:2005:429; de 30 de abril de 2009, *Donnici*, C-393/07, EU:C:2009:275; ATJUE de 1 de julio de 2019, T-388/19, EU:T:2019:467.

⁴⁵ *Cfr.* la carta de 27 de junio de 2019 que el entonces presidente del Parlamento Europeo, Antonio Tajani, envió a los Sres. Puigdemont y Comín, en la que negaba su condición de europarlamentarios hasta que las autoridades españolas se pronunciasen sobre el asunto.

mística sobre este extremo. Este efecto inicuo se ha aplicado a los Sres. Puigdemont y Comín y a la Sra. Ponsatí que, a pesar de ser reclamados por la justicia española, ocupan actualmente sus escaños en Bruselas como consecuencia de la aplicación de esta novedosa doctrina. Una imagen sin duda funesta que no ayuda tampoco a reforzar las tesis europeístas, tan injustamente cuestionadas en los últimos tiempos.

Aunque apreciemos que la decisión del TJUE no ha estado a la altura de las circunstancias, no hay que olvidar que, ciertamente, esta situación ha sido generada por decisión del Tribunal Supremo español, único legitimado para evaluar la necesidad de plantear estas cuestiones prejudiciales y definir sus términos⁴⁶. En efecto, a pesar de la obligación impuesta por los tratados de plantear cuestiones prejudiciales cuando existan dudas sobre la interpretación de la normativa de la Unión aplicable en el caso concreto cuando la decisión no sea susceptible de ulterior recurso a nivel nacional⁴⁷, y aun teniendo en cuenta la facultad que tienen las partes en España de sugerir su reenvío, el margen discrecional del órgano jurisdiccional a la hora de plantear es prácticamente omnímodo y no existe realmente ningún mecanismo ni procedimiento que permita controlar eficazmente su cumplimiento⁴⁸. Por supuesto que no se pretende aquí criticar a la Sala Segunda por haber tratado de cumplir escrupulosamente con lo dispuesto en el TFUE y haber adoptado una posición mucho más garantista —acorde con la mostrada a lo largo de todo el proceso— que la que muestran otros tribunales europeos a la hora de plantear cuestiones prejudiciales, sino meramente señalar lo relativa que es esta obligación en la práctica a tenor de la actual configuración de la cuestión prejudicial.

Sin embargo, sí que produce cierto asombro la decisión por parte de la Sala de plantear estas cuestiones si se compara esta posición con la expresada posteriormente al aplicar la doctrina de la STJUE *Junqueras Vies*. Habiendo la Sala Segunda considerado imprescindible un pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo para resolver sobre el permiso extraordinario solicitado por Junqueras —requisito objetivo para el planteamiento de la cuestión prejudicial—, carece entonces de sentido la exhaustiva argumen-

⁴⁶ En la misma línea, Mangas Martín (2020, 541).

⁴⁷ *Vid.* Art. 267 b) párrafo tercero TFUE.

⁴⁸ *Cfr.* STJUE de 10 de diciembre de 2018, *Wightman y otros*, C-621/18, EU:C:2018:999, apartado 26. No obstante, aunque la decisión no afecta al ámbito penal, recuérdese que el Tribunal Constitucional sí ha llegado a reprobar a la Sala 3ª del Tribunal Supremo por no plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE al entender que estaba obligada a ello pues la cuestión no podía considerarse un “acto claro”, declarando vulnerado el Art. 24.2 CE. *vid.* STC 37/2019, de 26 de marzo de 2019, ES:TC:2019:37.

tación que acomete en su auto por el que resuelve finalmente el recurso⁴⁹, en el que realiza una crítica incisiva al cambio de criterio jurisprudencial del TJUE en su respuesta. Si entendía el Supremo que ya existía un criterio jurisprudencial asentado a nivel europeo y que éste era avalado mayoritariamente por la doctrina, cabe preguntarse por qué entonces no se limitó a aplicarlo adoptando la doctrina del acto claro, profusamente aplicada por otros Estados miembros. Por otra parte, habida cuenta de que una eventual decisión del TJUE posterior a la sentencia condenatoria carecía de aplicabilidad para el asunto planteado dada la consiguiente inhabilitación absoluta del Sr. Junqueras, tampoco se entiende el empeñamiento de la Sala en mantener planteadas las cuestiones una vez dictada ésta en octubre de 2019, pues recordemos que estaba facultada para retirarlas en cualquier momento anterior al pronunciamiento del TJUE, que como hemos ya señalado no se produjo hasta diciembre de ese mismo año.

En conclusión, si bien es cierto que no se debe censurar sino por el contrario alabar la voluntad del Tribunal Supremo español de cumplir escrupulosamente con las obligaciones derivadas del Art. 267 apartado tercero TFUE, la decisión de plantear estas cuestiones y, sobre todo, mantenerlas tras la sentencia de condena, ha de calificarse como profundamente desafortunada a la vista de su resultado, pues la respuesta del TJUE carecía realmente de utilidad para resolver el objeto del recurso que las motivó y, sin embargo, ha producido como efecto colateral el acceso a la condición de europarlamentarios de tres de los procesados en situación de rebeldía.

2. EL NUEVO RECHAZO A LA ENTREGA DE BÉLGICA: EL CASO PUIG Y SU INCIDENCIA EN LA SITUACIÓN DEL RESTO DE PROCESADOS

En los últimos meses, se ha abierto un nuevo capítulo en el ya de por sí amplio historial de denegaciones de entrega a España. Tras la sobrevenida adquisición de la plena condición de parlamentarios europeos del Sr. Comín, de la Sra. Ponsatí y del Sr. Puigdemont fruto de la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, la situación procesal y estatutaria de los diferentes procesados en situación de rebeldía es ahora diversa. En efecto, mientras que para que pueda activarse el procedimiento de entrega respecto de los procesados que ostentan actualmente la condición de europarlamentarios es necesario que previamente el Parlamento Europeo acceda a los suplicatorios ya oportunamente solicitados por

⁴⁹ Vid. ATS 1/2020, de 9 de enero de 2020, ES:TS:2020:1A, FD 1-3.

el magistrado instructor español⁵⁰, esta condición previa no es aplicable al resto de prófugos. En este último grupo se encuentra precisamente el Sr. Lluís Puig, cuyo procedimiento de entrega por el delito de malversación ha supuesto un nuevo revés para la justicia española.

El exconsejero de cultura catalán se encuentra actualmente residiendo en Bélgica, por lo que las autoridades de dicho país han sido las encargadas, una vez más, de ejecutar la ODE emitida por el magistrado español. Pero, a diferencia de lo que sucedió con las primeras ODE dictadas en fase de instrucción y que fueron rechazadas por motivos formales tras una aplicación de la doctrina *Bob-Dogi* contraria al principio de reconocimiento mutuo que debe inspirar su ejecución, en esta ocasión la justicia belga sí se ha pronunciado sobre el fondo del asunto. En este sentido, el Tribunal de 1º instancia de Bruselas rechazó en agosto de 2020 la entrega del exconsejero al considerar, como motivo principal, que el Tribunal Supremo no es el órgano competente para el enjuiciamiento del reclamado en España. Esta decisión insólita, lejos de ser enmendada en vía de recurso, ha sido recientemente confirmada por la sala de apelación de Bruselas, lo que, sumado al anuncio de la fiscalía belga de su intención de no recurrir la decisión, nos permite hablar de la existencia de un pronunciamiento de carácter definitivo sobre el fondo en el caso de la entrega del Sr. Puig.

Entrando ya a valorar el principal motivo esgrimido por la justicia belga para rechazar la entrega, basado como ya se ha anunciado en una apreciación negativa de la competencia de nuestro Alto Tribunal para emitir la ODE, conviene realizar previamente una sucinta explicación de los antecedentes sobre esta cuestión en España⁵¹. Y es que la competencia del Supremo para investigar y enjuiciar los hechos cometidos no solo por los ahora procesados rebeldes, sino de todos los encausados y finalmente condenados, ha sido y sigue siendo objeto de discusión desde los inicios de este ya largo proceso.

Como ya se ha apuntado, en un primer momento el juzgado de instrucción n.º 13 de Barcelona incoó diligencias previas, declaradas secretas, en cuyo marco ordenó la entrada y registro en determinados locales en septiembre de 2017 en relación con la preparación del referéndum del 1-O, en las que se produjeron actuaciones dirigidas a impedir la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Posteriormente, el Juzgado

⁵⁰ Cfr. AATS 10/2020, de 10 de enero de 2020, ES:TS:2020:10A; 724/2020, de 4 de febrero de 2020, ES:TS:2020:724A.

⁵¹ Para un estudio en profundidad de la cuestión competencial, *vid.* Armengot Villaplana (2019, 252-271).

Central de Instrucción n.º 3 de la Audiencia Nacional se arrogó la competencia para instruir el caso, tras emprender una interpretación ciertamente extensiva de lo dispuesto en el actual Art. 65.1 a) LOPJ sobre la competencia de la Audiencia Nacional respecto a delitos que atentan contra la forma de gobierno⁵². Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo declaró su propia competencia para instruir el proceso respecto a determinados investigados que ostentaban la condición de aforados autonómicos⁵³ y, posteriormente, en aplicación de las reglas de conexidad del Art. 17 LECrim, terminó declarando su propia competencia sobre el resto de los acusados ex miembros del *Govern*⁵⁴ que, hasta ese momento, estaban siendo investigados por el Juzgado Central de Instrucción n.º 3. La Audiencia Nacional mantuvo finalmente la competencia para la instrucción y enjuiciamiento del resto de acusados no aforados por los delitos de sedición y rebelión, incluida la cúpula de la policía autonómica catalana, cuyo resultado ha sido la libre absolución del principal acusado en aquella causa⁵⁵.

Por lo tanto, la instrucción y el enjuiciamiento de los hechos ha sido finalmente particionada en diferentes causas: la principal contra los ex miembros del *govern* y los líderes de ANC y Òmnium cultural, ante el Tribunal Supremo y que terminó en sentencia condenatoria; la instrucción y enjuiciamiento de altos cargos policiales y de la consejería de interior catalana no aforados, seguida ante la Audiencia Nacional, que terminó en sentencia absolutoria; el resto de responsables aforados acusados solo por delito de desobediencia fueron finalmente enjuiciados y condenados —salvo la Sra. Mireia Boya, que fue absuelta— a penas de multa e inhabilitación especial por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁵⁶.

Centrándonos en la discusión sobre la competencia del Tribunal Supremo para instruir y enjuiciar la causa principal, ésta ha sido reiteradamente contendida por todos los acusados, que consideraban que debían ser juzgados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Esto incluye el planteamiento de la cuestión como artículo de previo pronunciamiento del Art. 666 1º LECrim, que fue estimado en parte por la Sala Segunda respecto de algunos de los acusados (aquellos que lo estaban solo por el delito de

⁵² Cfr. AAN 905/2017, de 27 de septiembre de 2017, ES:AN:2017:905A, FJ 3º, interpretación respaldada por la Sala de Apelaciones de la AN (cfr. SAN 2452/2019, de 2 de julio de 2019, ES:AN:2019:2452).

⁵³ Cfr. ATS 10229/2017, de 31 de octubre de 2017, ES:TS:2017:10229A.

⁵⁴ Cfr. ATS 12057/2017, de 24 de noviembre de 2017, ES:TS:2017:12057A.

⁵⁵ Cfr. SAN 2634/2020, de 21 de octubre de 2020, ES:AN:2020:2634; que incluye un voto particular disidente de la magistrada D.ª Concepción Espejel.

⁵⁶ Cfr. STSJ de Cataluña 6237/2020, de 19 de octubre de 2020, ES:TSJCAT:2020:6237.

desobediencia, nuevamente aplicando las reglas de conexidad y por razones de utilidad), rechazando en cambio la declinatoria de jurisdicción planteada por aquellos otros que estaban también acusados por los delitos de rebelión y sedición⁵⁷.

Las defensas consideran que la atribución de la competencia del Tribunal Supremo para la investigación y enjuiciamiento no está prevista legalmente, lo que vulnera su derecho fundamental al juez natural, a la doble instancia penal e, incluso, a su presunción de inocencia⁵⁸. Estas alegaciones, que han sido oportunamente deducidas a lo largo del proceso, han sido sistemáticamente rechazadas por el Tribunal Supremo durante toda la causa, por lo que, a la espera de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la cuestión —previsiblemente, en el mismo sentido—, se trata de una cuestión zanjada en y por nuestro ordenamiento interno. Por lo tanto, resulta incomprensible desde el punto de vista del respeto a la confianza mutua entre Estados miembros de la Unión que las autoridades de ejecución belgas hayan realizado un reexamen de la competencia del Tribunal Supremo que no solo resulta contrario a lo ya decidido por la propia justicia española, sino que además es incompatible con lo dispuesto en el Art. 6 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, cuya redacción establece de manera meridiana que la determinación de la autoridad competente para la emisión de una ODE es la determinada por cada en Estado miembro en virtud de lo dispuesto en su derecho interno. Así pues, la presunta vulneración del derecho al juez natural y, por ende, de las obligaciones derivadas del Art. 6 TUE, de la Carta y del CEDH, no puede más que considerarse un efugio para justificar una nueva denegación arbitraria de la entrega.

IV. POSIBILIDADES QUE BRINDA ACTUALMENTE EL DERECHO DE LA UNIÓN ANTE UNA DENEGACIÓN REITERADA

El escenario que ha sido presentado hasta ahora en este trabajo es ciertamente desalentador. Las autoridades judiciales españolas han visto rechazada su pretensión de entrega de los reclamados de manera reiterada y por parte de las autoridades judiciales de diferentes Estados miembros. En

⁵⁷ Cfr. ATS 13594/2018, de 27 de diciembre de 2018, ES:TS:2018:13594A.

⁵⁸ A propósito de la presunción de inocencia, sus vertientes, efectos y configuración actual tanto a nivel nacional como europeo —incluida la Directiva (UE) 2016/343 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (DO L 65, de 11 de marzo de 2016)—, *vid.* por todos De Hoyos Sancho (2020); y desde la perspectiva académico-práctica, De Hoyos Sancho y Guerrero Palomares (2020, 57-72).

el momento actual, los procedimientos de ODE sobre los que aún no existe una respuesta sobre el fondo se encuentran suspendidos, a la espera de que el Parlamento Europeo acceda a aprobar los suplicatorios oportunamente solicitados por el magistrado instructor⁵⁹, cuestión que no se resolverá, como mínimo, hasta marzo de 2021.

Ahora bien, en el evento de que el Parlamento Europeo concediese los suplicatorios solicitados y los procedimientos de entrega se reactivasen ¿qué respuesta podría esperarse de las autoridades judiciales de ejecución de Bélgica, Estado miembro en el que se concentran la mayor parte de los procedimientos de entrega en estos momentos? Existen sobradas razones para no ser optimista. Es evidente que la negativa definitiva de las autoridades de ejecución belgas a la entrega del Sr. Puig basada en el cuestionamiento de la competencia del Tribunal Supremo, repercutirá irremediabilmente en la situación del resto de reclamados que se encuentran en Bélgica en estos momentos. Además, recuérdese que a pesar de que la primera denegación belga de las ODE estuvo motivada por el presunto incumplimiento de un requisito formal, durante el desarrollo del procedimiento las autoridades de aquel país llegaron a cuestionar veladamente el estado de las cárceles españolas como motivo de “desconfianza” para no autorizar la entrega. Incluso se atisba la posibilidad de que el derecho penal belga no contemple un delito equiparable a la sedición española, a efectos de la invocación del principio de doble incriminación como motivo de denegación facultativo, argumento que, a la luz del razonamiento de la última decisión belga respecto al delito de malversación, no debe descartarse que se utilice como pretexto en un eventual futuro procedimiento de ODE. En conclusión, las perspectivas de entrega de los reclamados a España no son nada halagüeñas debido a la sistemática interpretación *contra legem* que las autoridades belgas están realizando de las disposiciones de la Decisión Marco 2002/584/JAI y de la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia, por lo que no resultaría extraño que los procedimientos de entrega que se encuentran actualmente suspendidos a la espera de la respuesta a los suplicatorios finalizasen próximamente con una nueva denegación de la entrega, esta vez sí por motivos de fondo, que dejase a las autoridades españolas en una situación de bloqueo absoluto, sin posibilidad de enjuiciar a algunos de los principales procesados en situación de rebeldía y conservando éstos sus escaños en el Parlamento Europeo.

⁵⁹ Cfr. AATS 10/2020, *cit.*; 724/2020, *cit.*

En este contexto de incertidumbre en el que nos encontramos actualmente, a las puertas de una situación de punto muerto judicial, resulta pertinente y útil reflexionar sobre cuáles son los mecanismos y procedimientos a disposición de las autoridades españolas para tratar de lograr la entrega de los reclamados ante una situación de denegación reiterada y supuestamente injustificada de la entrega. En consecuencia, dedicaremos las siguientes líneas a apuntar algunas posibles soluciones existentes desde el punto de vista del Derecho de la Unión y a evaluar cuál puede ser su efectividad en el caso de que se llevasen a la práctica.

1. EL PROCEDIMIENTO POR INCUMPLIMIENTO

En algunos sectores sociales y académicos⁶⁰, la frustración por el rechazo a la entrega se ha manifestado en el deseo de que España emprenda algún tipo de acción contra los Estados miembros —en especial, Bélgica— por el presunto incumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Decisión Marco 2002/584/JAI. Estos deseos, traducidos a mecanismos amparados por el Derecho de la Unión, podrían reconducirse hacia la promoción de un procedimiento de infracción con base en los arts. 258 y 259 TFUE. Ahora bien, desde una perspectiva utilitarista, ha de considerarse que esta solución resulta virtualmente imposible de aplicar en el caso concreto.

A pesar de que actualmente sí que sería jurídicamente posible iniciar un procedimiento de infracción sobre esta materia, albergo serias dudas de que en el momento en el que se encuentra hoy la cuestión se cumpla el requisito objetivo necesario para su incoación, a saber, incumplimiento del Derecho de la Unión. Si bien es verdad que las decisiones de las autoridades de los diferentes Estados miembros, y en especial de Bélgica, están en la práctica impidiendo la ejecución de las ODE emitidas por el magistrado español, no nos encontramos ante un incumplimiento flagrante y manifiesto de la normativa europea y por lo tanto fácil de evaluar, como sucede, por ejemplo, cuando un Estado miembro incumple su obligación de transponer o adaptar su derecho interno a lo dispuesto en un acto de la Unión. Por el contrario, nos encontramos ante una actuación mucho más difusa y compleja, manifestada en una interpretación de la normativa europea que, en opinión de amplios sectores —pero no de todos—, resulta contraria al principio de reconocimiento mutuo y a su consecuencia lógica, la confianza mutua, que en este ámbito concreto debe inspirarla. Y lo que es más importante y a la

⁶⁰ Vid. Mangas Martín (2018-11).

postre puede ser determinante: nos encontramos ante una interpretación que, a pesar de que positivamente pueda ser calificada como errónea, tiene carácter jurisprudencial y no es por lo tanto fruto de una decisión, acción u omisión proveniente del poder ejecutivo.

Por todo ello, aún en el improbable supuesto de que sí se estimase cumplido el requisito objetivo, el inicio de un procedimiento de infracción contra Bélgica por iniciativa de España ante una nueva denegación de la entrega implicaría un altísimo coste político que, generalmente, los Estados miembros no están dispuestos a asumir. En la misma línea, tampoco parece factible que la Comisión Europea vaya a tomar la iniciativa para instar este procedimiento haciendo uso de las facultades previstas en el Art. 258 TFUE, a pesar de estar plenamente legitimada para ello⁶¹. Además hay que tener en cuenta que el procedimiento por incumplimiento se articula en varias fases, y su estimación final por parte del Tribunal de Luxemburgo, en el quimérico caso de que el procedimiento llegase a prosperar, podría no ser ni tan siquiera de utilidad para la resolución del caso aquí planteado, pues la eventual persistencia en el incumplimiento se traduciría primariamente en la imposición de sanciones económicas, que si bien tienen capacidad de producir un efecto disuasorio, no constituyen por sí mismas un título ejecutivo que obligue al Estado afectado a regular inmediatamente una cuestión de un modo que no está dispuesto a asumir⁶². Por todo lo expuesto, resulta imposible sostener que el procedimiento de infracción puede ser la solución idónea para resolver situaciones enquistadas en una interpretación jurisprudencial divergente y controvertida de la legislación de la Unión como la que subyace en este caso, por lo que ha de considerarse que en el momento actual España debe rechazar de plano la utilización de esta vía por estar abocada al fracaso.

2. EL DICTAMEN DE EUROJUST

Eurojust, como agencia de cooperación judicial en materia penal de la Unión Europea, ya ha intervenido en este caso apoyando activamente, entre otros asuntos, la coordinación de las fiscalías española y alemana en el con-

⁶¹ Art. 10 del Protocolo n.º 36 sobre las disposiciones transitorias (DO C 115, de 9 de mayo de 2008).

⁶² Sirva de ejemplo patrio la no transposición por parte de España de la Directiva (UE) 2016/680 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos (DO L 119, de 4 de mayo de 2016), a pesar de que la Comisión ha instado el procedimiento de infracción por el incumplimiento.

texto del procedimiento de ODE seguido ante el Tribunal regional alemán. Sin embargo, las competencias y funciones que esta agencia tiene actualmente reconocidas le permitirían realizar una actuación de mayor intensidad y que aún no ha sido explorada.

Previamente, es necesario destacar que desde el 12 de diciembre de 2019 esta agencia se rige por un nuevo Reglamento⁶³ que ha sustituido plenamente a la anterior Decisión. En este contexto de “lisbonización” de la agencia, el nuevo Art. 4 (5) de dicho Reglamento reconoce una función exclusiva al Colegio de Eurojust aplicable a situaciones en las que las autoridades de emisión de un Estado miembro aprecian denegaciones o dificultades reiteradas⁶⁴ en la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo, siempre que la cuestión no pueda resolverse de mutuo acuerdo entre las autoridades nacionales implicadas o mediante la intervención individual o bilateral de los miembros nacionales destacados en Eurojust por sus respectivos Estados. En estas circunstancias específicas, el Colegio puede emitir, a petición de una autoridad competente o incluso por su propia iniciativa, un dictamen sobre el caso que enviará de inmediato a los Estados miembros afectados.

Partiendo de la premisa de que las condiciones objetivas para el uso de este mecanismo —a saber, denegación reiterada no resuelta de mutuo acuerdo— se deben considerar cumplidas en el presente caso, es necesario aclarar cuál es la eficacia jurídica que el Derecho de la Unión reconoce a este dictamen. En relación con esta cuestión, conviene recordar previamente que la anterior Decisión de Eurojust ya reconocía al Colegio una función prácticamente idéntica a la aquí señalada⁶⁵, salvo por dos matices de extrema importancia. En primer lugar, en cuanto a la legitimación, Eurojust no podía ejercer esta función por iniciativa propia, sino que siempre debía existir una solicitud previa de una autoridad judicial nacional para que pudiese poner

⁶³ Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo (DO L 295, de 21 de noviembre de 2018).

⁶⁴ El problema principal para la aplicación de este precepto reside en que no establece claramente su alcance, pues su redacción impide conocer con exactitud si, para poder entender legitimado el ejercicio de esta función por parte del Colegio, estas dificultades o denegaciones reiteradas deben presentarse respecto de un único caso concreto y aislado, si deben presentarse en una pluralidad de casos, o si cabe un estudio caso por caso.

⁶⁵ *Vid.* Art. 7.3 Decisión del Consejo 2002/187/JAI, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DO L 63, de 6 de marzo de 2002), tras las modificaciones operadas por la Decisión del Consejo 2009/426/JAI por la que se refuerza Eurojust (DO L 138, de 4 de junio de 2009).

en marcha este mecanismo. En segundo lugar, en cuanto a los efectos de este dictamen, la redacción del antiguo Art. 7 (3) de la Decisión Eurojust explicitaba su carácter no vinculante, de tal manera que las autoridades nacionales afectadas no debían verse compelidas, en ningún caso, a adoptar la solución propuesta por Eurojust.

En contraposición, el nuevo Art. 4 (5) del reglamento ha eliminado la expresión “no vinculante” a la hora de calificar la eficacia jurídica del dictamen de Eurojust sobre el asunto problemático. La actual redacción se limita a establecer, a través de su Art. 4 (6), que los Estados miembros podrán negarse a seguir la solución propuesta por Eurojust cuando se cumpla cualquiera de los siguientes requisitos de carácter alternativo: que ello pudiera menoscabar intereses esenciales relativos a la seguridad nacional, se ponga en riesgo el éxito de una investigación en curso o se comprometa la seguridad de una persona.

Efectuando una lectura *a contrario sensu* de este último precepto, podríamos vernos tentados a afirmar que, conforme al nuevo Reglamento, los Estados miembros tienen el deber general de seguir la solución propuesta en dichos dictámenes, y que solo excepcionalmente podrán negarse a seguir la decisión de Eurojust cuando concorra alguno de los tres motivos excepcionales expuestos anteriormente. En esta línea de interpretación, podría afirmarse que actualmente los dictámenes por escrito de Eurojust deben entenderse vinculantes como regla general, puesto que las autoridades nacionales solo podrán separarse de lo dispuesto en ellos previa acreditación de alguno de los motivos expresamente tasados por el Reglamento.

Sin embargo, esta conclusión preliminar tiene que ser inmediatamente matizada si realizamos una lectura de las disposiciones del Reglamento en su conjunto. A pesar de que no lo establece a través de su articulado, el texto sí que especifica en sus considerandos que los dictámenes por escrito de Eurojust no son vinculantes para los Estados miembros, aunque se les deba dar respuesta⁶⁶. Dicho lo anterior, cabe preguntarse cuál es el alcance que debemos reconocer a esta disposición ya que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria⁶⁷ y la jurisprudencia del TJUE sobre el valor jurídico de

⁶⁶ Vid. considerando 14 Reglamento (UE) 2018/1727, *cit.* Sobre esta cuestión y la extensión de este razonamiento al ámbito de los conflictos de jurisdicción penal, *vid.* Hernández López (2020, 110-113).

⁶⁷ Sintetizada en la *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos dentro de la Unión Europea*, publicada en 2015, conforme a la cual la finalidad de los considerandos del Preámbulo en un Reglamento es motivar, de modo conciso, las disposiciones esenciales de la parte dispositiva, sin reproducir o parafrasear su texto, ya que no deben contener disposiciones de carácter normativo no incluidas en el mismo, ni desideratas de carácter político.

los considerandos de los actos de la Unión⁶⁸, si bien éstos no tienen valor jurídico vinculante ni pueden ser invocados para establecer excepciones a las disposiciones del acto al que acompañan, sí que resultan esenciales para su interpretación⁶⁹.

Dejando a un lado la discusión doctrinal anterior y a falta de pronunciamiento expreso por parte del Tribunal de Luxemburgo sobre este extremo, parece que la voluntad del legislador europeo ha sido mantener el carácter no vinculante de los dictámenes de Eurojust, aunque para ello haya decidido utilizar una pequeña afirmación inserta en los más de setenta considerandos que contiene el Reglamento.

En consecuencia, el Tribunal Supremo podría solicitar la emisión de un dictamen escrito del Colegio sobre estas denegaciones reiteradas, que atendiendo a los antecedentes del caso podría llegar a ser favorable a la posición mantenida por las autoridades españolas y servir de apoyo a su tesis. Si bien es cierto que el carácter no vinculante de este dictamen impediría que la eventual solución fuese impuesta a las autoridades de ejecución belgas, su mera existencia provocaría la necesidad de que dichas autoridades justificaran los motivos por los que deciden apartarse de la solución propuesta por Eurojust, lo que sí podría servir de sustrato para el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial. Por lo tanto, aunque es altamente improbable que un dictamen del Colegio de Eurojust se emita sobre este asunto y que éste llegue a resolver por sí mismo el conflicto, llegado el caso, el resultado de este procedimiento sí que podría ser utilizado por la autoridad española como argumento de fuerza ante una eventual solución de carácter jurisdiccional como la que va a exponerse a continuación.

3. EL PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR LA AUTORIDAD DE EMISIÓN

Como ya hemos apuntado, tras el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo en el asunto *AY*, la legitimación del magistrado español como autoridad de emisión para plantear cuestiones prejudiciales ante una eventual nueva denegación estaría, en principio, garantizada. Además, esta solución de carácter jurisdiccional parece *a limine* la más idónea para resolver un conflicto basado en la interpretación divergente entre autoridades judiciales como sucede en el presente caso. Por lo tanto, las cuestiones a determinar

⁶⁸ Cfr. STJUE de 19 de noviembre de 1998, *Nilsson y otros*, C-162/97, EU:C:1998:554, apartado 54.

⁶⁹ Cfr. SSTJUE de 27 de mayo de 2019, *PF*, C-509/18, EU:C:2019:457, apartados 23 y 35; de 19 de septiembre de 2018, *Milev*, C-310/18 PPU, EU:C:2018:732, apartados 1, 31 y 38.

son en qué momento procesal deberían plantearse estas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo y qué preguntas podría formular el magistrado español para no incurrir en el planteamiento de una cuestión meramente hipotética, destinada a la inadmisión de plano.

Sobre el momento idóneo para plantear las cuestiones, actualmente el magistrado español tiene ante sí dos posibles opciones. La primera opción consistiría en plantear inmediatamente una cuestión prejudicial ante el TJUE como consecuencia del rechazo definitivo a la entrega que se ha producido en el caso del Sr. Puig. La segunda opción pasaría por esperar al resultado de la votación del suplicatorio en el Parlamento Europeo respecto al resto de procesados rebeldes residentes en Bélgica y, en su caso, a la respuesta de las autoridades belgas sobre los subsiguientes procedimientos de ODE.

Sin lugar a duda, la opción natural y más aconsejable es la primera, es decir, no esperar al resultado del resto de procedimientos de ODE, ya que una respuesta del Tribunal de Luxemburgo a una cuestión prejudicial sobre el caso Puig sería ya por sí misma directamente aplicable a los procedimientos ODE en relación con el resto de procesados sin necesidad de tener que plantear nuevas cuestiones prejudiciales. Por otra parte, una respuesta contraria a la postura española cerraría definitivamente la posibilidad de reclamar su entrega a las autoridades belgas, lo que ahorraría tener que iniciar nuevos procedimientos ODE destinados al fracaso.

En relación con el contenido de las cuestiones prejudiciales, se pueden plantear varios escenarios, algunos de ellos basados en situaciones que en el presente son meramente hipotéticas, pero que por su verosimilitud vamos a proponer a continuación:

a) Si el magistrado español decide plantear una cuestión prejudicial inmediatamente como consecuencia de la denegación de la entrega del Sr. Puig basada principalmente en la falta de competencia del Tribunal Supremo español, o ante cualquier eventual nueva denegación de la autoridad belga basada en este mismo motivo, la cuestión prejudicial debería centrarse en discutir los límites del examen que puede realizar la autoridad belga de ejecución. Es evidente que el examen llevado a cabo por las autoridades de Bélgica sobre la competencia del Tribunal Supremo, además de manifiestamente erróneo desde la perspectiva española, excede ampliamente el margen de apreciación del que dispone la autoridad de ejecución a la hora de examinar la petición de entrega. No es compatible ni con la ODE ni con el principio de reconocimiento mutuo que la inspira que la autoridad de ejecución entre a valorar e incluso utilice como argumento para la denegación

de la entrega la estimación de una alegación de parte basada en la falta de competencia del tribunal de emisión —cuestión de orden público delimitada por el derecho interno de cada Estado— que, además de haber sido oportunamente resuelta por la justicia española, se opone frontalmente a lo dispuesto en el Art. 6 de la Decisión Marco 2002/584/JAI.

Tampoco puede justificarse este examen, tal y como parece sostener el Tribunal belga en su última decisión, en el escrutinio del cumplimiento del derecho a un juicio justo reconocido tanto en el CEDH como en la CDFUE. Concretamente, la estimación de una posible vulneración al derecho al juez ordinario y predeterminado por la ley, pues además de conducir a la aberrante calificación del Tribunal Supremo español como un tribunal de excepción en el presente caso, desconoce completamente la doctrina del Tribunal de Luxemburgo —a pesar de que sí que es citada— sobre los límites de este escrutinio⁷⁰. En definitiva, la cuestión prejudicial debe plantearse en términos tales que permitan al TJUE determinar con claridad si es compatible con la actual redacción de la Decisión Marco 2002/584/JAI y el principio de reconocimiento mutuo que la inspira un examen de la competencia del tribunal de emisión como el realizado en el caso concreto por el tribunal de ejecución belga.

b) Si la eventual denegación de la autoridad belga estuviera en cambio basada en la aplicación del principio de doble incriminación o tipificación como motivo de no reconocimiento facultativo, la cuestión prejudicial debería formularse en términos similares a los que ya han sido propuestos al tratar la cuestión de la denegación alemana. En efecto, el magistrado español debería cuestionar el alcance del motivo de denegación fundado en el principio de doble incriminación establecido en el Art. 4.1 en relación con el Art. 2.4 de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en el sentido de determinar si la matización introducida en el propio Art. 2.4 *in fine* permite un estudio *in concreto* o, por el contrario, debe limitarse a una comprobación *in abstracto*, en la línea ya planteada en otro instrumento de reconocimiento mutuo por la STJUE *Grundza*.

c) Por último, si la eventual denegación se fundamenta en el riesgo de que las personas reclamadas puedan verse sometidas a tratos inhumanos y/o degradantes derivadas de las condiciones de reclusión en España, la

⁷⁰ Cfr. SSTJUE de 29 de enero de 2013, *Radu*, C-396/11, EU:C:2013:39; de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107; de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198; de 25 de julio de 2018, *ML*, C-220/18 PPU, EU:C:2018:589; de 25 de julio de 2018, *Minister for Justice and Equality*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586; de 15 de octubre de 2019, *Dorobantu*, C-128/18, EU:C:2019:857. Vid. Jimeno Bulnes (2020, 137-138).

cuestión prejudicial debería plantearse a la luz de las aclaraciones a la doctrina *Aranyosi* mostradas por el Tribunal de Luxemburgo en el asunto *ML*⁷¹. En consonancia, la autoridad judicial española debería esgrimir que la autoridad de ejecución belga solo está obligada a comprobar las condiciones de reclusión en establecimientos penitenciarios en los que sea probable que los reclamados van a ser internados.

Además, correspondería citar en todos los supuestos la condena a Bélgica en la STEDH *Romeo Castaño c. Bélgica*, en la que el Tribunal de Estrasburgo, precisamente a la luz de una denegación reiterada de la entrega a España de un antiguo miembro de la banda terrorista ETA, llega a la conclusión de que el examen de los fundamentos fácticos efectuado por las autoridades de ejecución para fundamentar la denegación fue inadecuado y, por lo tanto, Bélgica incumplió su deber de cooperar, vulnerando el artículo 2 CEDH en su vertiente procesal⁷². Ello es así porque de conformidad con el principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea, la denegación de la entrega por violación de los derechos fundamentales del interesado debe ser la excepción y justificarse mediante elementos de prueba pormenorizados que demuestren un riesgo manifiesto de sus derechos que puedan refutar la presunción de respeto de los derechos fundamentales⁷³.

Ahora bien, aun obteniendo un pronunciamiento favorable del Tribunal de Luxemburgo, quedaría por resolver el cómo se aplicaría su respuesta al caso concreto. Hay que tener en cuenta que la respuesta del TJUE a la autoridad española tendría que ser en realidad aplicada por la autoridad de ejecución belga, que además conservaría un margen de apreciación muy amplio a la hora de adaptar la solución aportada por el TJUE al caso concreto. Por lo tanto, cabe plantearse qué sucedería si la aplicación por parte de las autoridades belgas de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo resulta contraria a la interpretación de ésta que realizan las autoridades españolas. En este sentido, mantener la legitimación de la autoridad de emisión para plantear una nueva cuestión prejudicial podría llevarnos al planteamiento sucesivo o incluso cruzado de cuestiones prejudiciales, carente de sentido e inoperante en la práctica, por lo que tampoco la solución jurisdiccional garantizaría el éxito de la pretensión de la autoridad judicial española a pesar de ser la vía más idónea conforme al sistema *de lege lata*.

⁷¹ STJUE *ML*, *cit.* en especial apartados 48-76.

⁷² STEDH *Romeo Castaño c. Bélgica*, *cit.*

⁷³ *Ibidem*, apartado 14, en el que se reproducen los términos utilizados por la propia fiscalía belga en su recurso de casación en el caso que antecede a la condena del Tribunal de Estrasburgo.

V. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REFORMA: BREVES REFLEXIONES DE *LEGE FERENDA*

Tras este sucinto estudio de los antecedentes y el estado actual de la cuestión, puede constatarse que, conforme al actual Derecho de la Unión, la autoridad de emisión de una ODE no cuenta con instrumentos ni procedimientos eficaces para oponerse a una eventual falta de cooperación de las autoridades de ejecución de otro Estado miembro.

En caso de discordia, no existe realmente ninguna instancia supranacional con capacidad de decisión directa sobre el conflicto. El dictamen de Eurojust, en el más que improbable escenario de que llegue a ser aprobado por el Colegio, no es vinculante para la autoridad de ejecución. La cuestión prejudicial es un procedimiento que, de ordinario, debe plantear la autoridad de ejecución, con todo lo que este hecho conlleva en cuanto a la apreciación de su necesidad y oportunidad. Por otro lado, aunque se haya reconocido la legitimación de la autoridad de emisión para plantear la cuestión prejudicial, el control jurisdiccional será en todo caso indirecto y no asegura que la solución, que en definitiva tendrá que ser aplicada por la autoridad de ejecución, sea satisfactoria para la autoridad de emisión.

Así pues, centraremos las siguientes líneas en reflexionar brevemente sobre las posibles mejoras *de lege ferenda* que pueden explorarse para mejorar el presente sistema.

1. UNA REFORMA CENTRADA EN LA REVISIÓN DEL INSTRUMENTO DE RECONOCIMIENTO MUTUO (ODE)

A pesar de la intensa labor nomofiláctica que continuamente realiza el Tribunal de Luxemburgo interpretando y adaptando las disposiciones de la Decisión Marco 2002/584/JAI a las exigencias del Tratado de Lisboa y de la CDFUE⁷⁴, cada vez son más las voces que urgen a una actualización legisla-

⁷⁴ Una de las últimas líneas jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal de Luxemburgo gira en torno al concepto autónomo de autoridad de emisión de una ODE, poniendo el foco de atención en el análisis de la independencia funcional de las diferentes fiscalías europeas, valorando si su marco legal constitucional y estatutario permite a sus miembros actuar de con independencia y, por lo tanto, de manera imparcial, a la hora de valorar la necesidad y proporcionalidad de la emisión de una ODE. *Cfr.* SSTJUE de 27 de mayo de 2019, *OG y PI*, asuntos C-508/18 y C-82/19 PPU, EU:C:2019:456; de 9 de octubre de 2019, *NJ*, C-489/19 PPU, EU:C:2019:849; de 12 de diciembre de 2019, *JR y YC*, asuntos C-566/19 PPU y C-626/19 PPU, EU:C:2019:1077; de 12 de diciembre de 2019, *XD*, C-625/19 PPU, EU:C:2019:1078; de 12 de diciembre de 2019, *ZB*, C-627/19 PPU, EU:C:2019:1079. Para un análisis exhaustivo de las implicaciones de esta doctrina jurisprudencial, *vid.* Jiménez-Villarejo Fernández (2020, 32-87).

tiva del primer instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal que adecúe sus disposiciones a la situación del ELSJ post-Lisboa.

Una de las cuestiones sobre las que coinciden mayoritariamente los partidarios de una reforma del instrumento es en la necesidad de ampliar el catálogo de delitos que no requieren la comprobación de la doble incriminación o tipificación y que aparece actualmente recogida en el Art. 2.2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI. Parece que dichas voces pueden encontrar acogida próximamente en los trabajos del legislador europeo, pues el Parlamento Europeo ya ha instado a la Comisión a evaluar una reforma en este sentido⁷⁵. Esta eventual reforma podría desembocar en una ampliación de este catálogo que incluyese otras categorías delictivas y/o delitos como, entre otros, nuevos crímenes medioambientales, delitos de odio, o delitos que implican el uso de la violencia o una amenaza grave contra el orden público de los Estados miembros y delitos contra la integridad constitucional de los Estados miembros cometidos mediante el uso de la violencia.

No obstante, no hay que perder de vista que la ampliación de la lista de delitos del Art. 2.2 no tiene por qué redundar, *per se*, en una mejora automática del funcionamiento del instrumento que minimice las denegaciones de entrega, a menos que esta acción se acompañe de una mejora en la armonización del derecho penal sustantivo de los Estados miembros. Ejemplificando la cuestión, de nada sirve incluir en el catálogo de delitos que no requieren el control de la doble tipificación aquellos que impliquen el uso de la violencia o una amenaza grave contra el orden público de los Estados miembros si, a la hora de interpretar qué delito entra o no en esta categoría a nivel nacional, existe una interpretación absolutamente divergente entre las autoridades judiciales involucradas, como ya hemos visto que sucede en el caso del delito de rebelión en España y el de alta traición en Alemania. Es más, no es necesario emprender juicios hipotéticos sobre tipos penales que aún no aparece recogidos en el Art. 2.2. del instrumento para llegar a la conclusión de que el problema real es otro: en el caso de del delito de corrupción que sí que forma parte del actual catálogo de treinta y dos delitos que prescinden del requisito de la doble tipificación en la Decisión Marco 2002/584/JAI, las autoridades belgas y las autoridades españolas difieren a la hora de considerar la malversación de caudales públicos como una forma de corrupción ante la ausencia de un beneficio personal.

⁷⁵ Informe de la Comisión LIBE del Parlamento Europeo, de 8 de diciembre de 2020, sobre la aplicación de la orden de detención europea y de los procedimientos de entrega entre Estados miembros [Procedimiento 2019/2207(INI)].

En conclusión, el *quid* de la cuestión no reside en la mayor o menor extensión del catálogo de delitos que permiten prescindir del control de la doble tipificación, sino en la falta de armonización penal sustantiva suficiente y la correlativa —y por otra parte, lógica— preexistencia de veintisiete códigos penales muy diversos en la Unión Europea. Este es además un problema de fondo que no puede ser abordado mediante una simple reforma de la Decisión Marco 2002/584/JAI, sino que requiere de un proceso mucho más complejo, largo y arduo como es la progresiva explotación de las posibilidades que hoy brinda el Art. 83 TFUE en cuanto al establecimiento de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza. A pesar de que los ámbitos en los que se permite esta armonización penal sustantiva se encuentran delimitados en el párrafo segundo de dicha disposición y de que ya existen algunos ejemplos de directivas de armonización penal sustantiva⁷⁶, el propio Art. 83 TFUE en su párrafo tercero contiene una cláusula abierta que permite al Consejo adoptar una Decisión por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, que amplíe su ámbito de aplicación a otros delitos.

Dicho lo anterior, existe otro camino aparentemente mucho más simple y que sí permitiría avanzar en este mismo sentido reformando exclusivamente la regulación del instrumento de reconocimiento mutuo. Este otro camino se centraría en delimitar o incluso suprimir el uso del principio de doble incriminación/tipificación como motivo facultativo de no reconocimiento o denegación de la ODE. La vía de la delimitación consistiría en clarificar a través de una redacción más precisa en el texto del instrumento el alcance del principio de doble tipificación como motivo de denegación facultativo, en el sentido de restringir su aplicación a un juicio *in abstracto* y nunca *in concreto*. En realidad, tal y como ya se ha defendido previamente, la redacción actual del Art. 2.4 *in fine* de la Decisión Marco 2002/584/JAI ya parece apuntar claramente en este sentido —“(...) con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo”—, pero en vista de que la interpretación y aplicación de este precepto no es unánime por parte de las autoridades judiciales nacionales y a falta de pronunciamiento expreso por parte del TJUE, la utilización de la vía de la reforma legislativa parece plenamente justificada.

⁷⁶ V.g. Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo (DO L 88, de 31 de marzo de 2017); Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información (DO L 218, de 14 de agosto de 2013).

La supresión del principio de doble tipificación en el instrumento sería, por el contrario, una alternativa mucho más drástica y que demandaría un exhaustivo estudio sobre su viabilidad a la luz de su compatibilidad con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad que, por su extensión, no podemos abordar en estas líneas. Indiciariamente, es cierto que la subsistencia del principio de doble tipificación en la ODE debe entenderse como una reminiscencia más propia de los clásicos procedimientos de extradición que, precisamente, este instrumento de reconocimiento mutuo vino a sustituir en el ámbito de los Estados miembros. Mientras que el principio de doble tipificación suele constituir presupuesto para poder acceder a la extradición en los modelos de tratados internacionales bilaterales y multilaterales sobre esta materia, el legislador europeo ya en 2002 consideró oportuno relegar su utilización a motivo de denegación facultativo. En consecuencia, nada impide defender que en un escenario como el actual en el que la cooperación judicial en materia penal se encuentra plenamente institucionalizada y el principio de reconocimiento mutuo constituye su piedra angular, la evolución natural del instrumento pasa por restringir aún más la utilización de un criterio que en cierto modo es ajeno a este proceso como es el mantenimiento del control de la doble tipificación.

Entre las dos alternativas expuestas anteriormente, optar por la vía de la delimitación parece la solución más razonable desde la perspectiva del respeto a la soberanía de los Estados miembros y por lo tanto con mayores posibilidades de prosperar en la actualidad.

Por otra parte, también sería necesario realizar una revisión de los motivos de denegación tanto facultativos como obligatorios, incluyendo expresamente un motivo de denegación basado en la vulneración de derechos fundamentales como el que ya ha reconocido implícitamente el TJUE y existe expresamente en instrumentos de reconocimiento mutuo de nueva generación como la OEI⁷⁷. En este sentido, sería aconsejable que la redacción de este motivo de denegación hiciese referencia y tuviese en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre esta materia, afortunadamente muy garantista, pero que demanda una justificación mediante elementos de prueba pormenorizados que demuestren un riesgo manifiesto que contradiga la presunción de respeto de los derechos fundamentales de la que deben gozar los Estados miembros. Todo ello con el fin de evitar el

⁷⁷ *Vid.* Art. 11 b) Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DO L 130, de 1 de mayo de 2014). Sobre los motivos de no ejecución de la OEI y su proceso de implementación en España, *vid.* Arangüena Fanego (2017, 935-937).

uso pernicioso de este motivo de denegación, que debe ser reservado para riesgos de violación de derechos humanos concretos y reales, y no como subterfugio para rechazar la entrega de manera infundada.

2. UNA REFORMA CENTRADA EN LA MEJORA EN LA RESPUESTA JURISDICCIONAL EUROPEA

Mientras que la mayor parte de los partidarios de una reforma centran su atención en la revisión de la Decisión Marco 2002/584/JAI, otros entendemos que el foco debe ponerse también en mejorar la más que deficiente respuesta jurisdiccional supranacional que existe todavía en la Unión Europea en el ámbito del ELSJ.

El sistema actual de control se centra, como es sabido, en el planteamiento de cuestiones prejudiciales del Art. 267 TFUE por parte de las autoridades nacionales. Las carencias de esta vía para resolver situaciones conflictivas se hacen enseguida evidentes: recordemos que, hasta 2018, la mayor parte de la doctrina mantenía que la autoridad de emisión ni siquiera estaba legitimada para plantear una cuestión prejudicial, asunto de vital importancia que nunca debería haber estado sujeta a interpretación en un sistema de control jurisdiccional adecuadamente diseñado. Tampoco la respuesta del Tribunal de Luxemburgo resulta en todas las ocasiones efectiva para garantizar el desbloqueo ante una denegación injustificada, pues los límites propios de la cuestión prejudicial, sumados en ocasiones a un deficiente conocimiento tanto fáctico como jurídico de los antecedentes, no permiten al TJUE efectuar un pronunciamiento lo suficientemente preciso como el requerido para resolver este tipo de situaciones.

De hecho, existen casos en los que paradójicamente son las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, teóricamente declarativas, las que desbloquean una situación que no ha sido oportunamente resuelta en el seno institucional de la Unión Europea. Esto es precisamente lo que ha sucedido en el caso *Romeo Castaño c. Bélgica* ya citado, en el que la entrega de la reclamada en virtud de una ODE se ha producido finalmente como consecuencia de la condena del TEDH a Bélgica por incumplir su obligación de no cooperar y vulnerar así el Art. 2 CEDH en su vertiente procesal, y no como consecuencia de un litigio planteado y resuelto ante el TJUE. Situaciones como ésta deben considerarse una anomalía a erradicar, fruto de un sistema de control jurisdiccional aún incipiente en este ámbito y que debería conducir a una revisión del papel del TJUE en una materia tan sensible para los Estados miembros como es el proceso penal y la aplicación del *ius puniendi*.

En este sentido, el derecho originario permite plantear algunas propuestas *de lege ferenda*, particularmente en lo que se refiere a la especialización del control jurisdiccional del TJUE. Conforme al Art. 257 TFUE, mediante reglamentos adoptados conforme al procedimiento legislativo ordinario, pueden crearse tribunales de primera instancia especializados en determinadas materias y/o en determinados recursos interpuestos en materias específicas. Estos tribunales, que estarían adjuntos al Tribunal General, conocerían en primera instancia y sus decisiones podrían someterse a recurso de casación o de apelación dependiendo de lo dispuesto en el reglamento en virtud del cual fuera creado. Con base en esta disposición, podría llegar a plantearse la opción de crear un tribunal especializado en litigios derivados de la aplicación de instrumentos de reconocimiento mutuo. En otras palabras, bajo la premisa de que el número de casos sobre esta materia de los que conoce el TJUE no hace más que aumentar⁷⁸, y de que su complejidad es cada vez mayor y requieren la interpretación no solo de los preceptos de derecho derivado aplicable, sino también la ponderación y protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, podría sopesarse la conveniencia de configurar en el seno de la Unión Europea un control jurisdiccional supranacional especializado en materia de cooperación judicial en materia penal.

Con todo, a pesar de que la especialización seguramente conduciría a una respuesta mucho más ágil y precisa por parte del TJUE, no es ésta la única medida que debería acometerse para conseguir una mejora integral del sistema de control jurisdiccional. Por el contrario, es necesario revisar también los actuales procedimientos de acceso al Tribunal de Luxemburgo ya que, tal y como hemos defendido en este trabajo, la cuestión prejudicial se muestra en muchas ocasiones insuficiente y el procedimiento de infracción tampoco colma sus posibles carencias. Más allá de éstos, el único procedimiento remotamente aplicable a esta materia conforme al actual Derecho de la Unión sería el “recurso” de anulación (Arts. 263 y 264 TFUE), que legitima incluso a los particulares para cuestionar la legalidad de actos dictados por organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, pero cuyo encaje en esta temática tan específica es más que cuestionable.

⁷⁸ De acuerdo con las estadísticas publicadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su panorámica del año 2019 (doi:10.2862/7856, pág. 55), a 31 de diciembre de 2019 existían 113 asuntos pendientes relativos a materias relacionadas con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, siendo ya la segunda temática con mayor volumen, solo superada por el bloque de ayudas de Estado y competencia (123).

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los problemas que se están apreciando en los últimos tiempos en la ejecución de ODE ponen de manifiesto las importantes limitaciones que existen en el actual sistema de control de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea.

La configuración actual de la cuestión prejudicial como mecanismo principal de control se está mostrando manifiestamente insuficiente, pues a lo limitado de su alcance, hay que sumar el escaso o nulo control que existe sobre la apreciación por parte de la autoridad nacional de la necesidad de su planteamiento. En efecto, aunque el Art. 267 párrafo tercero obliga a plantear una cuestión prejudicial cuando la decisión que emite el órgano judicial no es susceptible de ulterior recurso, la oportunidad y necesidad de plantear dicha cuestión solo puede ser apreciada y controlada por la propia autoridad que conoce del litigio principal, sin que las partes puedan plantear por sí mismas cuestiones al Tribunal de Justicia. Ello lleva inevitablemente a una interpretación asimétrica de esta obligación por parte de las diferentes autoridades judiciales de los Estados miembros, tal y como se ha podido comprobar a través del caso aquí estudiado, en el que el Tribunal Supremo español sí ha planteado cuestiones prejudiciales en relación con un asunto sobre el que aparentemente ya existía una doctrina consolidada favorable a la postura mantenida por la autoridad judicial española, en contraposición con la postura del Tribunal regional alemán o de las autoridades judiciales belgas de ejecución, que consideraron innecesario someter al Tribunal de Luxemburgo cuestiones sobre las que aún no ha tenido la oportunidad de pronunciarse o que son objeto de controversia en el asunto concreto. El resultado en cada caso ya ha sido expuesto, y es buena muestra de la acuciante necesidad de perfeccionar este sistema.

En este aspecto, hemos señalado que el derecho originario actual sí que ofrece cierto margen para la construcción de soluciones que permitan una respuesta mucho más ágil a situaciones problemáticas en este ámbito, tales como la renovación de la ODE o la creación de un tribunal especializado en litigios relacionados con instrumentos de cooperación judicial en materia penal. Sin embargo, incluso las propuestas *de lege ferenda* planteadas en este trabajo muestran notables carencias de base, tales como el limitado ámbito de aplicación que comprende el proceso de armonización penal sustantiva o el escasísimo margen de maniobra legislativa que existe para vertebrar un verdadero control jurisdiccional supranacional. Limitaciones que no hacen

sino poner de manifiesto que, a pesar de los enormes avances conseguidos hasta el momento tanto en la vertiente sustantiva como especialmente en la procesal, la soberanía estatal continúa prevaleciendo en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. Todo ello hace vislumbrar la necesidad de una revisión previa de los tratados si realmente se quiere avanzar más en esta cuestión. En definitiva, se precisan reformas profundas del sistema *de lege lata* necesitadas de amplios consensos que, lamentablemente, no parecen existir hoy en Europa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Arangüena Fanego, Coral. 2017. Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 58: 905-939.
- Armengot Villaplana, Alicia. 2019. La competencia del Tribunal Supremo para conocer de la causa especial de “*el procés*”. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico* 26: 253-271.
- De Hoyos Sancho, Montserrat y Guerrero Palomares, Salvador. 2020. Directive 2016/343 on the Strengthening of Certain Aspects of the Presumption of Innocence in Criminal Proceedings. En *Procedural Safeguards for Suspects and Accused Persons in Criminal Proceedings. Good Practices Throughout the European Union*, editado por Coral Arangüena Fanego, Montserrat de Hoyos Sancho y Alejandro Hernández López, 57-72. Cham: Springer.
- De Hoyos Sancho, Montserrat. 2020. *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hernández López, Alejandro. 2020. *El papel de Eurojust en la resolución de conflictos de jurisdicción penal en la Unión Europea. Propuestas Legislativas*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Javato Martín, Antonio M^a. 2018. La entrega de Puigdemont por el delito de quebrantamiento de la paz pública (§ 125 Código Penal alemán). En *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*, dirigido por Luis Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín y Marta Muñoz de Morales Romero, 65-71. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Jiménez-Villarejo Fernández, Francisco. 2020. El Ministerio Público como autoridad judicial emisora de una Orden Europea de Detención y Entrega en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas* 1: 32-87.
- Jimeno Bulnes, Mar. 2020. La orden de detención europea como instrumento procesal en la lucha contra el terrorismo. *Revista Aranzadi Unión Europea* 12: 111-151.
- Mangas Martín, Araceli. 2018. Euroorden versus extradición: discordancias en el (des) concierto europeo. *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)* 50: 1-12.

- Mangas Martín, Araceli. 2020. Caso Junqueras, empate técnico entre tribunales: surrealismo europeo y quijotismo leal. *Revista Jurídica de Catalunya* 2: 540-545.
- Moreno Catena, Víctor. 2019. La prisión provisional de los condenados del Procés. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico* 26: 201-232.
- Muñoz de Morales Romero, Marta. 2019. Doble incriminación a examen, Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* 1.
- Muñoz de Morales Romero, Marta. 2020. *Derecho Penal Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, Adán. 2018. Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo. En *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont*, dirigido por Luis Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín y Marta Muñoz de Morales Romero, 21-28. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Ruiz Yamuza, Florentino-Gregorio. 2019. CJEU case law on double criminality. The Grundza-Piotrowski paradox? Some notes regarding the Puigdemont case. *ERA Forum* 19: 465-484.
- Ruz Gutiérrez, Pablo R. 2020. La orden europea de detención y entrega. Banco de pruebas del principio de reconocimiento mutuo. En *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, coordinado por José Manuel Cortés Martín y Florentino-Gregorio Ruiz Yamuza, 193-234. Madrid: Dykinson.

DESPEGÁNDOSE DEL LITIGIO: EL NECESARIO IMPULSO DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

LEAVING THE LITIGATION: THE NECESSARY BOOST OF INTRAJUDICIAL MEDIATION IN THE ADMINISTRATIVE COURT PROCEEDINGS

Tomás FARTO PIAY

Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Vigo
tfarto@uvigo.es

SUMARIO: I. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. II. LA MEDIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y ELEMENTOS CONFIGURADORES. III. LA POSIBILIDAD DE PACTOS CON LA ADMINISTRACIÓN. 1. Requisitos subjetivos: Administraciones Públicas y entidades del sector público. 2. Requisitos formales. 3. Requisitos materiales. IV. ALGUNOS SUPUESTOS DE MATERIAS MEDIABLES. V. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 1. El procedimiento de mediación intrajudicial. 2. El acuerdo de mediación y su eficacia jurídica. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La cuestión que se va a tratar atañe al tratamiento de los conflictos en el ámbito contencioso-administrativo y la mediación como un mecanismo adecuado y complementario para la gestión y resolución de esta tipología de controversias. Para ello, se analizarán detenidamente las posibilidades de pactos con la Administración, las materias mediables y las características de la mediación intrajudicial en el proceso contencioso-administrativo, para posteriormente abordar las diversas cuestiones problemáticas que presenta y abogar por soluciones y propuestas para un avance en la materia y que, por tanto, la mediación intrajudicial en el ámbito administrativo se consolide como un método de gestión y resolución de conflictos con el que alcanzar soluciones mutuamente aceptadas y eficientes.

Palabras clave: mediación intrajudicial, proceso contencioso-administrativo, resolución complementaria de conflictos

Abstract: The issue to be discussed concerns the treatment of disputes in the administrative court sphere and mediation as an adequate and complementary mechanism for the management and resolution of this type of controversy. For this, the possibilities of agreements with the Administration, the mediable matters and the characteristics of intrajudicial mediation in the administrative court proceedings will be carefully analyzed, to later address the various problematic issues that it presents and advocate for solutions and proposals for progress in the matter and that, therefore, intrajudicial

mediation in the administrative field is consolidated as a method of management and conflict resolution with which to reach mutually accepted and efficient solutions.

Key words: intrajudicial mediation, administrative court proceedings, complementary conflict resolution.

I. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La mediación es un método adecuado de gestión y resolución de conflictos que se basa, de forma fundamental, en la comunicación entre las partes enfrentadas y que aventura una nueva cultura basada en el acuerdo, en el diálogo y en la paz¹. La adopción de la mediación vislumbra la superación de la cultura del pleito o del litigio judicial, de forma que se hace imprescindible que el Estado provea a sus ciudadanos de mecanismos para resolver sus controversias que no sean únicamente la vía jurisdiccional.

Es así que, para adentrarnos en esta cuestión, se hace preciso diferenciar el proceso judicial y los distintos sistemas de resolución o gestión de conflictos que han ido surgiendo, entre otros factores, por la coexistencia de unas sociedades diversas y en constante cambio, la nueva tipología de conflictos, la excesiva judicialización y la respuesta parcial que ofrece el método adversarial clásico de la jurisdicción, es decir, mediante el proceso². En definitiva, todo ello ha puesto de manifiesto las carencias tanto de la propia justicia como del proceso judicial para ofrecer una justicia de calidad, ágil, eficiente y humana³.

¹ En relación con el concepto de mediación, debe reseñarse que el reciente Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público, aprobado el pasado 15 de diciembre de 2020, prevé modificar el concepto de mediación regulado en art. 1 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; conceptuándola como “aquel medio adecuado de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente, a través de un procedimiento estructurado, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”. Esta propuesta pretende dar un paso más en la materia, al introducir el calificativo “adecuado” y, por tanto, parece configurar la mediación ya no tanto como un medio para descongestionar nuestros tribunales, sino como un método de resolución de conflictos que aporte calidad al sistema de justicia.

² Como señala Barona Vilar (*Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 36-37), el Siglo XX ha representado el fortalecimiento del Estado (autoritario o totalitario) y desde el que se concebía que la mejor solución a los conflictos de los ciudadanos era el propio Estado a través de sus órganos jurisdiccionales y su proceso. Concluyendo la autora, que precisamente por ese fortalecimiento del Poder Judicial, unido a factores exógenos, económicos, etc. se ha ido convirtiendo en inoperante el mismo Poder Judicial, en definitiva, “se ha asistido al omnipresente protagonismo del Poder Judicial, llegando a la imposible operatividad del mismo”.

³ Como considera Martín Diz [“La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en Martín Diz, Fernando (Coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira Editora, Santiago de Com-

La sociedad y las instituciones han comenzado a sentirse insatisfechos e impacientes con el ritmo y los costes de los procesos judiciales, así como con el incremento de la litigiosidad en los tribunales; dichas situaciones han ido impulsado la reforma de la justicia. En este sentido, el fomento de sistemas de negociación facilitada por terceros se considera una de las iniciativas más significativas⁴.

Por ende, esta crisis del proceso judicial fomentó una búsqueda de alternativas no jurisdiccionales para la resolución de conflictos, que fundamentalmente tuvieron su origen en los sistemas anglosajones, en especial en los EE.UU., y que se denominaban ADR (*Alternative Dispute Resolution*), si bien en los últimos años se están empezando a denominar, bajo las mismas siglas, como métodos adecuados de resolución de conflictos (*Adequated Dispute Resolution*). Al margen del término ADR, también es frecuente la alusión a estos métodos de resolución de conflictos con la terminología francesa como MARCs (*Methodes Alternatives de Resolution de Conflictos*).

La normativa europea aboga por la utilización de estos equivalentes jurisdiccionales para solventar el conflicto. Muestra de ello es la Recomendación 12/1986, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que marcó la apuesta de Europa por la implementación de métodos alternativos a la vía judicial. Debe destacarse el Libro Verde presentado por la Comisión Europea en el año 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, gracias al impulso por parte del Consejo de Ministros de Justicia e Interior en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, y la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵, aunque reducida al ámbito de las controversias transfronterizas, se considera que la mediación mejorará la justicia, y obliga a los Estados miembros a incorporarla a sus ordenamientos.

Y, más concretamente, en el ámbito administrativo, es necesario que poner de manifiesto la Recomendación R (2001) 9 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre los modos alternativos de regulación de los

postela, 2011, pág. 36], “La reforma de la justicia, solventar casi su perenne crisis, ha de hacerse desde los cimientos y estructuras actuales, valiéndose de los medios (materiales, personales, legales) que están a disposición, y sobre todo, y por encima de todo, desde un proyecto de reforma general, completo y juicioso (valga la redundancia) que propugne un modelo global de justicia planificado y estable, que no avance a golpe de reforma parcial y parcheo ocasional”.

⁴ García Álvarez, Rosario, “Mediación y Abogados: Un nuevo paradigma profesional”, *Otrosí, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, julio-septiembre de 2012, págs. 37-44.

⁵ DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008.

litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas, así como las guías para una mejor implementación de dicha recomendación: CEPEJ (2007) 15, de 7 de diciembre de 2007.

En el ámbito del ordenamiento jurídico español, encontramos varias normas reguladoras de estos ADR, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, la conciliación preventiva o preprocesal, regulada en los arts. 139 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y la conciliación intraprocesal, regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otro lado, en lo referente a la mediación, no fue hasta el año 2012, cuando la mediación se reguló en nuestro ordenamiento de manera formal, con el RDL 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y posterior Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como el RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012.

Asimismo, cumple mencionar el reciente Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación, aprobado el 11 de enero de 2019, que, tal y como se deriva de su propia denominación, únicamente tiene como finalidad dar un impulso a la Ley 5/2012, limitándose a modificar algunas normas procesales con el propósito de fomentar la mediación civil y mercantil, tanto en su esfera extrajudicial como intrajudicial.

Su Exposición de Motivos, en su apartado I, señala que, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012, el 27 de julio de 2012, no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada con la misma, encontrándose en nuestro país obstaculizada por una cultura ajena a esta forma particular de resolución de conflictos. Además, como se expone en las apreciaciones del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, de 26 de agosto de 2016, se evidencian determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con esa falta de cultura de la mediación en los Estados miembros⁶. Por ello, la Comisión Europea ha recomendado a los Estados

⁶ En las conclusiones del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, de fecha 26 de agosto de 2016 [ICPE2016], (<https://mediacionesjusticia.com/2016/09/03/comentarios-al-informe-de-la-comision-europea-sobre-la-aplicacion-de-la-directiva-sobre-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles/>, consultado 06/02/2019, pág. 12) se apunta que “Cuando proceda y resulte necesario, los Estados miembros deben intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación por los diferentes medios y mecanismos previstos en la Directiva y que se abordan en el presente informe. En particular, deben redoblar los esfuerzos nacionales por aumentar el número de asuntos

miembros intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación, petición que hizo suya el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE.

Por otra parte, el pasado 15 de diciembre de 2020 fue aprobado, por el Consejo de Ministros, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. El Anteproyecto se integra dentro de la Estrategia Justicia 2030, enmarcado y conectado con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea *Next Generation*. Además, pretende dar respuesta a los retos surgidos como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del Covid-19⁷.

Entre otras cuestiones, incluye medios adecuados de solución de controversias —entre ellos, la mediación— que tienen como objetivo recuperar la capacidad negociadora de las partes. No obstante, el presente Anteproyecto se centra en los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, quedando excluidas las materias concursal, laboral y penal y los asuntos de cualquier naturaleza en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al Sector Público, y ello a la espera de una futura regulación de estos mismos medios adecuados de solución de controversias en el ámbito administrativo y en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que requiere de un instrumento legislativo propio y diferenciado.

En definitiva, este análisis nos lleva a la conclusión de que la mediación administrativa cuenta con un apoderamiento especial por parte de las instancias europeas, siendo necesario que los distintos Estados miembros tomen conciencia de la necesidad de una regulación específica de esta materia⁸.

en los que los órganos jurisdiccionales proponen a las partes que recurran a la mediación para resolver su litigio. Lo expuesto a continuación pueden considerarse ejemplos de mejores prácticas en este sentido: requisito de que las partes expongan en sus demandas ante los órganos jurisdiccionales si han intentado la mediación, sobre todo en el ámbito del Derecho de familia; sesiones de información obligatoria en el marco de un proceso judicial y obligación de los órganos jurisdiccionales de considerar la mediación en todas las fases de los procesos judiciales; incentivos económicos que hagan económicamente más interesante para las partes recurrir a la mediación en lugar de hacerlo a un proceso judicial; garantizar la ejecución forzosa sin exigir necesariamente el consentimiento de todas las partes en el acuerdo”.

⁷ Vid. Sala Sánchez, Pascual, “La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo”, *Diario la Ley*, núm. 9632, 2020, págs. 1-22 (<http://laleydigital.laley.es>, última consulta: 06/02/2021). Asimismo, el primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales del CGPJ para el Plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, que en su medida número 5.16 propone la reforma, entre otros, del art. 77 LJCA, con el objetivo de potenciar la efectiva aplicación en la jurisdicción contencioso-administrativa de la mediación (www.poderjudicial.es, última consulta 01/12/2020).

⁸ Vid. González Bustos, M^a Ángeles, “La mediación como instrumento de innovación de las relaciones entre ciudadanos y Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.

II. LA MEDIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y ELEMENTOS CONFIGURADORES

La mediación en el ámbito administrativo supone la posibilidad de superar las formas burocráticas y unilaterales de resolver los conflictos y las controversias, así como las demandas que los ciudadanos plantean, dando entrada a intereses privados o sectoriales públicos, dentro del interés general que debe perseguir toda actuación administrativa. Además, en numerosas ocasiones, puede contribuir a la necesaria flexibilidad de la normativa administrativa para así adecuarse a una sociedad tan cambiante⁹.

En este sentido, el modo ordinario de terminación del procedimiento administrativo es el dictado por la Administración actuante del acto definitivo que le pone fin, esto es, de la llamada resolución ordinaria o declaratoria de la voluntad (en su caso, juicio o deseo) unilateral de la Administración (sustituible, en su caso y como se verá, por acto consensual)¹⁰.

La resolución administrativa se trata de una forma de finalización del procedimiento que satisface sin ningún género de duda los intereses públicos, pero no tiene en cuenta en toda su virtualidad los intereses privados en juego. Este tipo de forma de terminación debe seguir existiendo, porque no siempre será posible el pacto o acuerdo. No obstante, en otras ocasiones, el acuerdo puede llegar a producirse en la vía administrativa o bien, puede darse el supuesto en que, aunque dicho acuerdo no se haya producido en vía administrativa, pueda alcanzarse el mismo una vez iniciado el proceso contencioso-administrativo.

La mediación administrativa permite que el interés público subyacente se concilie con los derechos e intereses individuales, dentro del margen de

196, 2019, pág. 10 (<http://www.aranzadidigital.es>, última consulta: 04/02/2021). Ahora bien, como manifiesta Soletto Muñoz (“Marco jurídico de la mediación civil y mercantil en España”, en Blohorn-Brenneur, Béatrice, Soletto Muñoz, Helena, *La mediación para todos: Mediación en el ámbito civil e Intrajudicial*, Dykinson, Madrid, 2019, pág. 87), “Nada obsta a que todo o parte de la normativa de 2012 pueda ser aplicable en otras jurisdicciones distintas de la civil, con las especialidades correspondientes, ya que la ley de 2012 desarrolla además de la regulación procesal civil, elementos básicos de la mediación, como los principios, papel del mediador, procedimiento, etc.”.

⁹ Vid. González Bustos, M^a Ángeles, “La mediación como instrumento...”, op. cit.; Martín Diz, Fernando, *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018; Rams Ramos, Leonor, “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos (ADR) en el ámbito del derecho administrativo”, en Chico de la Cámara, Pablo (Dir.), *Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en las distintas esferas del ordenamiento jurídico*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 669-713.

¹⁰ Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 10^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 664.

discrecionalidad o tolerancia de que dispone la Administración, articulando unos cauces decisionales más participativos, que implican e interpelan a las partes, moviéndolas a buscar una solución compartida del conflicto¹¹.

Por ende, si realmente se quiere dar respuesta a las necesidades actuales, si realmente se quiere gobernar en red, con un diálogo permanente con la sociedad, en una posición de igualdad, y no de superioridad, forzosamente deberá instaurarse la cultura del pacto y, por tanto, se debe tender a la instauración de métodos de gestión y resolución de conflictos en los que se tengan en cuenta tanto los intereses públicos como los privados.

De esta forma, la mediación en el ámbito administrativo constituye un método adecuado de resolución de conflictos surgidos entre dos o más partes, que acuden y solicitan de forma voluntaria, y de manera alternativa o complementaria a la vía judicial, la intervención de una persona mediadora, imparcial y neutral, para que, trabajando con ellas, desde la comunicación y el diálogo, se apropien activamente del conflicto y recabando toda la información posible logren llegar a los acuerdos que les permitan resolver de forma colaborativa sus diferencias, bajo el principio de la confidencialidad¹².

Se hace preciso señalar que nos vamos a centrar en la mediación intrajudicial, es decir, la que tiene lugar una vez que el asunto ha sido judicializado y las partes se encuentran en un proceso contencioso-administrativo. Existe también la posibilidad de desarrollar una mediación previa, en la vía administrativa, antes de adoptarse la resolución administrativa; si bien, es más fácil que la Administración se anime a participar en la mediación en la fase contencioso-administrativa, a fin de evitar una sentencia desfavorable, mientras que es renuente a hacerlo en la vía administrativa, puesto que a ese nivel, caso de concluir la mediación sin acuerdo, recobra normalmente la facultad de dictar un acto resolutorio del procedimiento administrativo¹³.

El procedimiento de mediación intrajudicial tiene por finalidad poner fin a un proceso contencioso administrativo a través de la concurrencia de un acuerdo de voluntades entre una Administración y un sujeto público o privado, en la que se han debido valorar los intereses en juego, especialmente los públicos¹⁴.

¹¹ Gamero Casado, Eduardo, "Iniciativas de mediación intrajudicial en el contencioso-administrativo", *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 198/2019, pág. 19 (<http://www.aranzadigital.es>, última consulta: 06/02/2021).

¹² *Vid.* Martín Diz, Fernando, *Mediación en el ámbito...*, op. cit., págs. 192-194.

¹³ Gamero Casado, Eduardo, "Iniciativas de mediación intrajudicial...", op. cit., págs. 20-21.

¹⁴ Rams Ramos ("Mecanismos alternativos de resolución...", op. cit., pág. 677) advierte que los mecanismos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho Administrativo no deben tener

En este sentido, puede sostenerse que las medidas alternativas o complementarias de resolución de conflictos, en el ámbito administrativo, deben responder a lo que ha venido en definirse en los últimos años como principio de buena administración, que recoge como derecho fundamental el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵.

Podemos resaltar como elementos clave, en primer lugar, el acuerdo de voluntades, es decir, el hecho de que la Administración y el ciudadano busquen un acuerdo es un elemento determinante de esta figura. Si un procedimiento termina con imposición de una de las dos partes estaremos ante otra figura, pero no ante una mediación. La esencia radica en que las partes quieren un acuerdo y lo intenten conseguir.

De otro lado, se requiere que el acuerdo de voluntades sea para un fin muy concreto, para terminar una controversia. Si es para otro fin, no estaremos ante una forma de terminación, sino ante acuerdo de voluntades sin más. El elemento finalista se configura como el elemento que permite distinguir esta figura de otros acuerdos o convenios entre las partes. El acuerdo de voluntades es un instrumento para conseguir solventar un problema destinado a resolverlo expresamente.

En tercer lugar, en relación con los sujetos intervinientes, si nos referimos a un procedimiento administrativo o a un proceso contencioso-administrativo, forzosamente una de las partes del mismo es una Administración Pública, de tal forma que donde no exista Administración no habrá procedimiento administrativo o a un proceso contencioso administrativo. La otra

como única finalidad la reducción de la litigiosidad, sino una conexión con los ciudadanos que permita la actuación administrativa al servicio de los intereses generales.

¹⁵ Vid. Rams Ramos, Leonor, "Mecanismos alternativos de resolución...", op. cit., págs. 677-678. El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que "Derecho a una buena administración:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;

b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua".

parte puede ser cualquier sujeto, ya sea público o privado, persona física o jurídica¹⁶.

Por otra parte, el tercero, la persona mediadora, debe permanecer neutral e imparcial, pues la intervención de este se limita a facilitar la comunicación entre ellas y ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo, respondiendo a los principios rectores de neutralidad e imparcialidad de la mediación¹⁷.

Y, finalmente, no basta con que se den los elementos anteriores, sino que además en la decisión de las partes han tenido que valorarse los intereses de cada una, especialmente los intereses públicos. Un procedimiento de mediación requiere siempre la garantía del respeto de los intereses públicos, que habrán de haberse valorado de forma suficiente y adecuada con carácter previo a la decisión del acuerdo. Debe destacarse que muchos de los conflictos que llegan a los tribunales, no son de tipo jurídico, sino de intereses, siendo estos idóneos para acudir a mediación, debiendo quedar la vía judicial para aquellos de carácter legal¹⁸.

En definitiva, la mediación administrativa va a posibilitar que el ciudadano, como partícipe de la solución de su conflicto, conciba el acuerdo como una solución justa, adecuada a sus necesidades y, por tanto, permite que el interés público subyacente se concilie con los derechos e intereses individuales, dentro del margen de discrecionalidad o tolerancia de que dispone la Administración.

III. LA POSIBILIDAD DE PACTOS CON LA ADMINISTRACIÓN

La mediación ha tenido su incorporación en el ámbito administrativo a través de la Recomendación R (2001) 9 del Comité de Ministros de los Estados miembros, que sustenta los métodos alternativos de resolución de conflictos entre las autoridades administrativas y las personas privadas.

¹⁶ Sobre los sujetos intervinientes en un acto administrativo consensual, *vid.* Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 738-739.

¹⁷ Sobre la necesidad de especialización de los mediadores, *vid.* Belando Garín, Beatriz, “La mediación intrajudicial contencioso-administrativa frente al colapso de la justicia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 207, 2020, págs. 187-188; o el apdo. V del *Protocolo para la Infraestructura organizativa de la mediación conectada a los juzgados y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*.

¹⁸ Avilés Navarro, María, “La mediación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en España”, *Revista Acta Judicial*, núm. 6, julio-diciembre 2020, págs. 24-47, pág. 30.

En nuestro ordenamiento jurídico, la mediación cuenta con apoyo en los arts. 86, 91.1 y 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Conforme al art. 86 LPACAP, las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. Por su parte, el art. 91.1 LPACAP prevé que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, la propuesta de terminación convencional debe formularse una vez terminado el trámite de audiencia, debiendo aprobarse con carácter previo a su formalización por el interesado por el órgano competente. Y de otro lado, lo anterior ha de completarse con lo posible, que se recoge en el art. 112.2 LPACAP, de que las leyes puedan sustituir el recurso de alzada o de reposición, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En este orden de ideas, el art. 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que constituiría la traslación de la anterior norma administrativa en la normativa procesal, dispone la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Asimismo, conforme al art. 77.3 LJCA, si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

Aunque este último precepto sigue siendo útil, en la actualidad se debe citar como normativa-marco el art. 19 LEC, aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativo con carácter supletorio, esto es, pleno en to-

do lo que no sea incompatible con los principios o postulados procesales cardinales del contencioso-administrativo. Así, su apartado 1º, redactado conforme a la Disposición Final Tercera de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, da carta de naturaleza ordinaria a la mediación en todos los ámbitos de la jurisdicción¹⁹.

En este sentido, el conjunto de las normas mencionadas es el que va a dar cobertura al procedimiento de mediación, si bien surgen múltiples dudas en relación a su aplicación, y su inclusión en los procedimientos administrativos y en los procesos judiciales sería muy positiva al ser un medio rápido y poco costoso para el ciudadano. En definitiva, junto al factor temporal, es necesario un coste menor para dar tutela real a derechos e intereses cuya cuantificación económica no alcanza a justificar los gastos propios del proceso²⁰.

En este orden de ideas, la terminación convencional permite dar cobertura a la mediación, al posibilitar los acuerdos, en el ámbito del procedimiento administrativo y la ausencia de normativa expresa en relación a la mediación intrajudicial, salvo las previsiones del art. 77 LJCA, hacen imprescindible un análisis de la misma.

La positivización de la terminación convencional²¹, a nivel básico y en algunas normas de desarrollo, supone habilitar legalmente las facultades convencionales de la Administración y establecer sus límites, así como favorecer su ulterior control jurídico, dotando a la vez a esta actuación administrativa de seguridad jurídica²².

A pesar de su positivación, y de un cierto éxito, sobre todo en el campo urbanístico, no se puede afirmar que la regulación legal y su aplicación práctica sea satisfactoria, sino más bien todo lo contrario. A nivel legal existen múltiples problemas que no permiten tener un régimen jurídico claro y completo sobre esta figura.

¹⁹ Gamero Casado, Eduardo, "Iniciativas de mediación intrajudicial...", op. cit., pág. 8; Sala Sánchez, Pascual, "La mediación y su integración...", op. cit., pág. 8.

²⁰ Rivero Ortega, Ricardo, *Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 178.

²¹ Parejo Alfonso ha propuesto la expresión "acuerdo administrativo consensual" para referirse a la terminación convencional. Vid. Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP/BOE. Madrid, 1995, págs. 171 y 176 y ss.

²² La expresión "*facultad convencional*" es una expresión empleada por Carballo Martínez para referirse a las actuaciones convencionales de la Administración. Señala este autor que "denominaré "*facultad convencional*", en aproximación a los términos en que Parejo Alfonso ha venido a pronunciarse al definir esta función como "*actividad administrativa consensual*". Vid. Carballo Martínez, Gerardo, *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 141.

El mayor problema que presenta esta figura a la que nos referimos es que no se ha instaurado una cultura administrativa de pacto. Sólo si se siente la necesidad y se forma una convicción de que la terminación convencional es la mejor forma de resolver conflictos y controversias, se conseguirá que sea una forma ordinaria de finalización del conflicto administrativo²³.

Desde una perspectiva legal literal, podemos definir la terminación convencional como una forma anormal de finalizar el procedimiento administrativo en la que la Administración y el ciudadano celebran acuerdos, pactos, contratos o convenios. Por supuesto, también el acuerdo puede tener lugar en el seno del proceso contencioso-administrativo, en caso de que se hubiera impugnado judicialmente la resolución administrativa.

Sin embargo, desde otra perspectiva, más amplia, se puede concebir como un acuerdo de voluntades entre la Administración Pública y uno o varios sujetos de Derecho público o privado en el que deciden voluntariamente, atendiendo a sus intereses en juego, poner fin a un conflicto administrativo, ya sea en vía administrativa o judicial. En consecuencia, el acuerdo de voluntades es un instrumento alternativo o complementario al clásico acto administrativo unilateral para dar contenido a una relación jurídico-administrativa²⁴.

1. REQUISITOS SUBJETIVOS: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

Toda terminación convencional requiere la intervención de cómo mínimo de dos sujetos. Uno de ellos, necesariamente ha de ser una Administración Pública y, el otro puede ser un agente público o privado o una persona física o jurídica, e incluso entidades sin personalidad jurídica con capacidad jurídico-pública²⁵.

El término Administración Pública es concebido de forma muy diferente en la legislación administrativa en función del sector de acción administrativa al que nos refiramos²⁶.

²³ Farto Piay, Tomás, "La forma más satisfactoria de terminar el procedimiento administrativo: la terminación convencional", *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2012, págs. 43-70.

²⁴ Vid. De Palma del Teso, Ángeles, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 247.

²⁵ Vid. Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 738-739; Delgado Piqueras, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 184-186.

²⁶ No es el mismo concepto de Administración Pública el que utiliza la LPACAP que el que se emplea en el art. 3.2 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se

El precepto nuclear de la regulación de la terminación convencional cuando utiliza esa expresión se está refiriendo a la persona pública regulada en el art. 2.3 LPACAP, dado que se ubica en esta norma. Es decir, opta por un concepto jurídico-formal estricto de Administración Pública, en lo que lo esencial es la personalidad jurídica pública, independientemente del tipo de actividad que se realice. Así, entrarían además de las Administraciones Territoriales (Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales), los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

Cabría plantearse si es posible que se amplíen los sujetos públicos que pueden celebrar acuerdos más allá del concepto estricto de la LPACAP. En este sentido, el legislador básico estatal determina el marco en el que se puede mover la terminación convencional de las Administraciones Públicas, pero no está prohibiendo, ni muchos menos puede considerarse que esa sea la intención, que otros sujetos públicos puedan realizar terminaciones convencionales.

En relación a esto último, debe tenerse en cuenta que sólo desarrollan su actividad a través de un procedimiento administrativo, exclusivamente, las Administraciones Públicas en el sentido del art. 2.3 LPACAP, lo cual implica que la terminación convencional única y exclusivamente la pueden realizar las Administraciones Públicas en un sentido estricto. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que cuando terminen convencionalmente sujetos públicos que no sean Administraciones Públicas se estará ante un final convencionalmente pactado, pero nunca ante una terminación convencional de un procedimiento administrativo. Para estos sujetos, sería de aplicación el contrato de transacción regulado en el art. 1812 CC.

Para que exista una terminación convencional, junto al sujeto público en los términos expuestos, deben concurrir otro u otros sujetos. Esos son los interesados del procedimiento administrativo, los cuales en su caso también podrían llegar a acuerdo en vía judicial²⁷. Como es de sobra conocido,

transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y el que se utiliza en el art. 3.1 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones.

²⁷ El art. 4 de la LPACAP establece que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

esos sujetos pueden ser desde personas públicas o privadas, naturales o jurídicas hasta simples comunidades de bienes.

2. REQUISITOS FORMALES

A. *Habilitación legal*

El primer requisito formal que debe cumplir todo acuerdo es que una norma expresamente ampare esta posibilidad. Es necesario que exista una norma legal que ampare el acuerdo Administración-interesado y esto supone que, en ausencia de norma expresa, no cabe esta posibilidad. El principio de vinculación positiva requiere y reclama una concreción de esta actuación por los sujetos públicos.

B. *Acuerdo de las partes*

El segundo elemento que requiere todo acuerdo de terminación convencional es el acuerdo expreso entre los sujetos cuyas voluntades confluyen en un determinado sentido. En otros términos, lo convencional requiere conjunción de voluntades y consentimientos, sin ello habrá actuación unilateral, aceptada o no, o soportada o no, por el otro sujeto de la misma. Por lo tanto, es necesario que formalmente se manifieste esa confluencia de voluntades a través de un convenio, acuerdo, o cualquiera que sea su denominación, en el que se plasme la voluntad expresa de poner fin al conflicto administrativo. La LPACAP, en el art. 86.2, le denomina instrumentos.

C. *Contenido del acuerdo*

En cuando al contenido del instrumento en el que se formaliza el acuerdo, la LPACAP establece como mínimo el siguiente: identificación de las partes, ámbito personal, funcional y territorial del acuerdo y el plazo de vigencia²⁸. Este contenido es mínimo y es mejorable por las partes o por

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento:

²⁸ El art. 86.2 LPACAP establece que “Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados”.

el legislador sectorial. Debe tenerse en cuenta que hay aspectos básicos que deben estar en el convenio que no se recogen en el precepto legal como son: su objeto, la fecha del mismo, su carácter sustitutivo de la terminación del procedimiento y cualesquiera otros que fijen los términos del acuerdo²⁹.

D. Competencia

El pacto requiere inexcusablemente que se apruebe de modo expreso, por lo que se refiere a la voluntad de la Administración Pública, por el órgano competente para adoptar el acuerdo de terminación del procedimiento. Si la terminación convencional es ordinariamente una forma de terminación del procedimiento sustitutiva de la resolución final del mismo, lógicamente ha de ser aprobada o autorizada por el órgano competente para terminarlo de forma ordinaria. Esta exigencia se impone en la LPACAP, cuando determina que los acuerdos no podrán alterar las competencias de los órganos administrativos³⁰, y que en las materias de competencia directa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas deben ser aprobados de forma expresa de dicho órgano³¹.

El mayor problema es cómo se plasma esa intervención del órgano competente, sobre todo cuando es colegiado. Lo más lógico sería seguir las siguientes actuaciones:

- i. El órgano competente debe acordar formalmente el inicio de las negociaciones para intentar terminar convencionalmente el procedimiento designando y habilitando a una persona para llevar a cabo las negociaciones. Conviene recordar que ese inicio formal de las negociaciones suspende el plazo para resolver el procedimiento ad-

²⁹ Bustillo Bolado (*Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 423) entiende que a estos requisitos será indispensable unir los elementos que configuren con claridad el objeto y la finalidad del convenio, así como su carácter, sustitutivo o no, y vinculante o no para la resolución del procedimiento de acuerdo con la norma específica que lo regule.

³⁰ El art. 86.4 LPACAP señala que “Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos”.

³¹ El art. 86.3 LPACAP afirma que “Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano”. Señala Bustillo Bolado (*Convenios y contratos administrativos...*, op. cit., pág. 423) que “tal precepto puede ser interpretado en el sentido de que el ejercicio de la competencia del Consejo de Ministros para celebrar acuerdos procedimentales no es delegable”.

ministrativo³², de ahí la necesidad de que se adopte y se notifique ese acuerdo. Afirmamos que se suspende, a pesar del tenor literal, que configura la suspensión como optativa, dado que de no actuar de esta manera sería muy difícil cumplir los plazos de resolución de los procedimientos.

- ii. Se produce el desarrollo de las negociaciones con vistas a tener un acuerdo. Cuando este exista, se elaborará un borrador del acuerdo por ambas partes.
- iii. Ese borrador deberá aprobarlo de modo expreso por el órgano competente para resolver y deberá designar a la persona que estará facultada para firmar el acuerdo.
- iv. Y, por último, la firma del acuerdo por las partes intervinientes.

E. Publicación

El último aspecto formal al que nos referiremos es la necesidad de publicación del acuerdo. El art. 86.3 LPACAP supedita esa actuación a que la naturaleza o las personas a las que estuvieran destinadas así lo exija. Es decir, subordina este trámite a dos cuestiones: naturaleza o personas afectadas.

La interpretación que consideramos más acorde es que el acuerdo de terminación convencional debe seguir las vicisitudes e incidencias formales de la resolución finalizadora, excepto la necesidad de notificación al sujeto que ha suscrito el acuerdo. En otros términos, deberá publicarse o no según lo tuviese que realizar la resolución que ponga fin al mismo³³. Y, conforme a ello, esta terminación deberá notificarse o no, si lo requiere el acto administrativo que debiera finalizar el expediente administrativo por actuación unilateral, con excepción, lógicamente, del interesado que suscribió el acuerdo.

³² El art. 22.1.f) LPACAP establece que: “El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: (...)

f) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 86 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados”.

³³ Vid. Bustillo Bolado, Roberto O., *Convenios y contratos administrativos...*, op. cit., pág. 423.

3. REQUISITOS MATERIALES

A. Materias sobre las que pueden versar

En la actualidad, se puede afirmar sin dificultad que no están claros los límites materiales de los acuerdos de terminación convencional. Nuestra ley procesal sólo hace referencia en el art. 77 LJCA a la “estimación de cantidad”.

El apartado primero del art. 86 LPACAP señala que no pueden ser objeto de terminación convencional las materias no susceptibles de transacción. El problema es que la transacción es un contrato que está regulado en la esfera privada, concretamente en el Código Civil³⁴, y no puede extrapolarse al mundo público sin más, porque obviamente los sujetos privados tienen un mayor margen de actuación que los públicos.

En cuanto a los límites de la transacción, el art. 1814 CC afirma que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros, pero no existe un precepto jurídico-público que recoja los ámbitos materiales excluidos de la posibilidad de llegar a acuerdos de voluntades.

No obstante, el art. 86 LPACAP supone una habilitación legal-formal para realizar acuerdos de terminación convencional y establece de modo expreso como materias excluidas de este ámbito las que no se puedan realizar en el contrato de transacción³⁵. En este sentido, no pueden ser objeto de transacción las potestades regladas³⁶, salvo que una ley disponga lo contrario³⁷, si bien pueden existir elementos discrecionales en los actos reglados o conceptos jurídicos indeterminados³⁸.

³⁴ Art. 1809 CC: “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado” y art. 1814 CC: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”.

³⁵ Bustillo Bolado (*Convenios y contratos administrativos...*, op. cit., pág. 421) entiende el art. 88 de la Ley 30/1992 (actualmente, art. 86 LPACAP) no es un cauce directo para la celebración de acuerdos procedimentales en todo tipo de procedimientos, sino una puerta abierta al reglamento y a la legislación autonómica para que delimiten concretos ámbitos en los que sea posible y normal terminar convencionalmente un procedimiento sin necesidad de satisfacer las gravosas exigencias formales y competenciales que la legislación exige para celebrar transacciones, sobre todo si recaen sobre bienes y derechos de las Haciendas Públicas.

³⁶ Vid. Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, op. cit., pág. 204.

³⁷ Bustillo Bolado (*Convenios y contratos administrativos...*, op. cit., pág. 346) sostiene que, salvo expresa disposición legal en otro sentido, ni los conflictos surgidos en torno a potestades regladas son susceptible de transacción, ni potestades regladas pueden entrar en el juego de las recíprocas concesiones con las que transaccionalmente se pretendan resolver otros conflictos jurídicos.

³⁸ Vid. Bustillo Bolado, Roberto O., *Convenios y contratos administrativos...*, op. cit., pág. 346.

B. Potestades regladas y discrecionales

Los elementos reglados, es decir, aquellos en los que no existe margen de apreciación por la Administración, están claramente fuera de la posibilidad de transigir por los Entes Públicos y ello por cuanto el poder legislativo no ha querido que tengan margen alguno para formar su voluntad, toda vez que el ordenamiento jurídico predetermina la actuación administrativa de manera completa³⁹. Si bien esto es así, con carácter general, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- i. A veces, en una actuación no todo es absolutamente reglado. Es tradicional fijar como límite a las potestades discrecionales los elementos reglados del acto. Es más, hoy en día suelen ser comunes las actuaciones donde existe una combinación de actuaciones discrecionales y regladas.
- ii. El empleo cada vez más frecuente de conceptos jurídicos indeterminados en las actuaciones regladas. El ordenamiento jurídico cada vez acude más a conceptos jurídicos indeterminados, lo que da lugar a que se debilite de forma sustancial el carácter reglado del acto.

Se podría afirmar que se ha sufrido una suerte de crisis de lo reglado. Un ejemplo claro de lo que se ha referido es un convenio expropiatorio. La potestad expropiatoria es claramente discrecional, y por lo tanto se podría pensar en que cabe transacción sin más, pero la determinación del justo precio es una actuación reglada en la que el precio justo constituye un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, a nadie se le escapa que la fijación de un precio justo otorga un amplio margen de maniobra a la Administración a la hora de determinarlo.

Por lo tanto, se puede afirmar, con carácter general, que en principio no caben transacciones, pero única y exclusivamente en los elementos reglados de cualquier actuación. Y, en consecuencia, el campo natural de la terminación convencional lo constituyen las potestades discrecionales.

C. Respecto de los límites legales, especial referencia al interés público

Siguiendo con el ámbito material, pero desde otra perspectiva, se podría afirmar que no hay problema en que se extienda la terminación convencional, con carácter general, a relaciones de tipo patrimonial y económico⁴⁰. Es

³⁹ Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 519-522.

⁴⁰ Bustillo Bolado también sostiene que el objeto de la transacción puede desbordar lo meramente patrimonial. *Vid.* Bustillo Bolado, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, op. cit., págs. 346-347.

cierto que el contrato de transacción tiene este ámbito como propio y natural, pero esto trasladado al ámbito público exige importantes matizaciones.

La legislación presupuestaria no admite sin más que se pueda transigir sobre sus derechos, *ex art. 7.3 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria*⁴¹. Es más, determina que la regla general es que la Administración no haga transacciones, lo cual lo podemos interpretar, sin dificultad, cómo a que llegue a acuerdos de voluntades con otros sujetos y, por lo tanto, no pueda terminar convencionalmente. Solo se admite con carácter excepcional en dos supuestos: que se autorice expresamente por el Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Estado o, que estemos ante un procedimiento concursal. Es decir, el legislador presupuestario no admite sin más que se pueda terminar convencionalmente sobre derechos y créditos de la Hacienda Pública. Sólo lo prevé con un carácter muy excepcional.

La legislación patrimonial establece una regulación en la misma línea, *ex art. 31 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones Públicas*⁴². Sólo admite esa transacción cuando así lo autorice el Consejo de Ministros previo informe del Consejo de Estado.

En definitiva, solo se pueden alcanzar acuerdos cuando el legislador lo permita y habilite expresamente y, en esos concretos ámbitos, se podrá realizar respetando los límites de toda actuación administrativa como los principios generales del derecho o que verse sobre materias “que no estén fuera del comercio de los hombres”⁴³. En otros términos, debe versar sobre materias que estén dentro del tráfico jurídico-administrativo.

En relación a la prohibición de que los acuerdos no sean contrarios al ordenamiento jurídico que recoge el art. 86.1 LPACAP, esta previsión se encuentra contenida en el ámbito de Derecho Civil en el art. 1255 CC, que señala que “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público” y en la normativa de contratación

⁴¹ Art. 7.3 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria: “Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”.

⁴² Art. 31 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas: “No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”.

⁴³ Art. 1271 CC.

pública en el art. 34.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que expone que “En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”.

Pero, sin duda, los límites materiales por antonomasia son los principios generales del derecho y la necesidad de que tenga por objeto satisfacer el interés público. Este último límite se recoge de modo expreso en el apartado 1 del art. 86 LPACAP.

Es así que lo expuesto nos permite delimitar adecuadamente las materias susceptibles de ser mediables toda vez que no puede admitirse la mediación en los casos en que no es posible llegar a acuerdos o pactos, o en determinados supuestos en que los que se puede entender que se presentan obstáculos insalvables que no permitirían una posible mediación. Fuera de esos supuestos se podría incorporar la mediación administrativa en todos los conflictos que sean relativos a materias susceptibles de ser mediables y en los que se dan las circunstancias que permitan su derivación a un eventual procedimiento de mediación⁴⁴.

IV. ALGUNOS SUPUESTOS DE MATERIAS MEDIABLES

Como se ha puesto de manifiesto, la mediación en el ámbito administrativo es un método adecuado, alternativo o complementario al proceso judicial, si bien, debe señalarse que no todos los asuntos son idóneos para gestionarse y resolverse por este mecanismo de resolución de conflictos. Además, aún encontrándose dentro de las posibles materias mediables, en ocasiones no concurren las circunstancias necesarias para que el procedimiento de mediación pueda desarrollarse de forma efectiva.

El legislador y el poder reglamentario sectorial han recogido de modo expreso la terminación convencional, si bien no conforme a lo expuesto anteriormente, es decir, sin las previsiones recogidas en el art. 86 LPACAP

⁴⁴ Martín Diz (*Mediación en el ámbito...*, op. cit., págs. 273-274) afirma que “podemos enumerar, sin tratar de agotar la cuestión y a título orientativo, como materias no mediables las que se subsuman en litigios sobre potestades regladas indisponibles, sobre potestades de auto-organización administrativa, los asuntos en materia electoral, los actos administrativos que afecten a intereses difusos”.

respecto al alcance, efectos y régimen jurídico específico, por lo que su desarrollo es sólo parcial y su tratamiento es incompleto. Asimismo, en el campo de la mediación Intrajudicial, el Protocolo de mediación contencioso-administrativa, incluido en la *Guía para la práctica de la mediación Intrajudicial* del CGPJ, aborda y recoge su ámbito de aplicación⁴⁵.

En este sentido, es preciso señalar, entre otros supuestos, en primer lugar, los convenios expropiatorios que están contemplados específicamente en el art. 24 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, precepto que establece la posibilidad de llegar a un mutuo acuerdo sobre el justiprecio de los bienes y derechos expropiados⁴⁶.

No obstante, existen otros supuestos recogidos en la legislación de expropiación forzosa, como son el convenio previo a la expropiación o el justo precio acordado mediante la conformidad de las hojas de aprecio. Sin embargo, estos acuerdos en realidad no están configurados en la legislación de expropiación forzosa como terminaciones convencionales, en la medida que, en el primer caso, el acuerdo es al margen de la expropiación y en el segundo, simplemente una adhesión al precio fijado unilateralmente por la Administración.

Por otro lado, donde mayor éxito ha tenido la terminación convencional es, sin duda, en el ámbito de los convenios urbanísticos, de ahí que se hayan protagonizado un desarrollo importante y hayan sido objeto de múltiples resoluciones judiciales. Los convenios urbanísticos constituyen una forma típica de intervención de la Administración en el suelo que se ha revelado muy eficaz⁴⁷.

El mayor problema, desde el punto de vista de su ordenación normativa, de este tipo de acuerdos es que no existe un régimen común uniforme para todo el Estado y que es materia típica de regulación autonómica. En la legislación estatal se encuentra referencias y regulaciones de los convenios, que ordenan aspectos parciales de estos, en los siguientes preceptos: 9.3 y 8, 18.1.c), 25.1, 31.2, 32.1 y 2, 33 y 61 del Real Decreto Legislativo 7/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Fuera de los preceptos mencionados, para conocer el marco nor-

⁴⁵ *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, 2016 (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, última consulta 15/01/2021).

⁴⁶ Sobre los convenios expropiatorios, *vid.* Bustillo Bolado, Roberto O., *Convenios y contratos administrativos...*, op. cit., págs. 392-411.

⁴⁷ Sobre los convenios urbanísticos, *vid.* Delgado Piqueras, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo...*, op. cit., págs. 125-131.

mativo hay que acudir a la normativa autonómica contenida en la ordenación urbanística.

Asimismo, han de tenerse en cuenta los acuerdos de responsabilidad patrimonial. La regulación de la responsabilidad patrimonial se decidió establecer en dos leyes. Una, la LPACAP, que regularía las especialidades de este procedimiento y, otra, la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, que ordenaría los principios aplicables a la responsabilidad patrimonial.

La ordenación específica de la terminación convencional en materia de responsabilidad patrimonial se contempla en los arts. 86.5 y 91.1 LPACAP. El primero constituye una novedad en relación a la normativa anterior. En el primer precepto señalado, se establece una doble exigencia formal y material. Formal, en cuanto a que en el acuerdo de terminación debe establecerse la cuantía y el modo de indemnización y material, en la medida que su determinación no es libre por la Administración, sino que necesariamente debe atenderse a los criterios señalados en el art. 34 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En el segundo, en el art. 91.1 LPACAP, se indica el momento en que debe formularse la propuesta de acuerdo de terminación convencional, que es cuando finalice el trámite de audiencia. Una vez que se cumpla este trámite, el órgano instructor debe formular en su caso, propuesta de terminación convencional al órgano competente para resolver, el cual, si la acepta, prestará su aprobación, para que se proceda a su formalización con el interesado. En caso contrario, se procederá a resolver de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del art. 91 LPACAP.

La terminación contemplada en esta norma representa un ejemplo de cómo la terminación paccionada cabe en materia de potestades regladas. La determinación de la cuantía de la responsabilidad patrimonial, así como la forma de pago constituyen conceptos jurídicos indeterminados y aun así se admite el acuerdo de voluntades sobre los mismos. En ningún caso, puede ser objeto de terminación convencional la determinación de la existencia de responsabilidad patrimonial, por ser una materia indisponible por la Administración.

Deben considerarse, asimismo, los acuerdos en materia de empleados públicos con las Administraciones Públicas, como una forma de finalizar múltiples conflictos y de canalizar las relaciones con los empleados de los Entes Públicos. Estos, aparecen contemplados principal y específicamente en los arts. 32 y ss. del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Estos convenios y acuerdos constituyen una necesidad y una obligación de las

Administraciones para perfilar las condiciones de trabajo de los empleados públicos, que se revela como un mecanismo de flexibilidad para adaptar la normativa a las peculiaridades de la organización administrativa.

Y, por último, cumple poner de manifiesto la proliferación de instrumentos preventivos de la litigiosidad tributaria y la asunción de mecanismos alternativos a la jurisdicción en este ámbito. En este sentido, el *compliance* tributario se configura como el instrumento de cooperación y confianza mutua entre la Administración tributaria y los contribuyentes y la mediación tributaria —junto con el arbitraje o la conciliación— como los mecanismos alternativos a la Administración de Justicia tributaria⁴⁸. En definitiva, es necesario apostar por vías de solución del conflicto tributario que permitan reducir la litigiosidad tributaria.

Así las cosas, en el ámbito tributario nos encontramos con las actas con acuerdo y las actas con conformidad que constituyen instrumentos jurídicos que permiten una solución amistosa y mutuamente acordada o aceptada por las partes y, por ende, permite la derivación de un conflicto en materia tributaria a un procedimiento de mediación, sin que sea obstáculo el carácter *ex lege* de la obligación de tributaria, a pesar de las dificultades que, sin desconocer, ello pueda entrañar. Nos obstante, la incorporación o impulso de la mediación en estos conflictos, más allá de los supuestos que no permitan su inclusión, pueden suponer una opción con indudables ventajas⁴⁹.

En cualquier caso, la enumeración de los supuestos de materias susceptibles de mediación no se efectúa con carácter de *numerus clausus*. Así, no cabe descartar que se incardinan en la mediación otras cuestiones, como aquellas que puedan surgir en contratación pública (ejecución, determinación de obligaciones); el uso relativo a bienes públicos (concesiones, autorizaciones); en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, o ámbito medioambiental; ello siempre que las cuestiones, por su naturaleza, admitan la sumisión a un pacto o mediación⁵⁰.

⁴⁸ Calaza López, Sonia, *Confluencia de la jurisdicción y desjudicialización*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pág. 306. Sobre la mediación intrajudicial tributaria, *vid.* Belando Garín, Beatriz, “La mediación intrajudicial contencioso-administrativa...”, *op. cit.*, págs. 177-180.

⁴⁹ Si bien, señala Calaza López (*Confluencia de la jurisdicción...*, *op. cit.*, pág. 353) que la mediación tributaria merece una regulación propia, en lugar de tratar de adecuar los escasos preceptos de la legislación contencioso-administrativa, que parecen regularla, a unos conflictos tan específicos como los tributarios.

⁵⁰ *Vid.* Belando Garín, Beatriz, “La mediación intrajudicial contencioso-administrativa...”, *op. cit.*, págs. 183-184; Martín Diz, Fernando, *Mediación en el ámbito...*, *op. cit.*, págs. 269-309; Sala

V. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* establece que “la vinculación de la mediación intrajudicial con el acceso a la justicia y su utilización por los órganos judiciales es hoy en día evidente y reconocida expresamente a nivel europeo e internacional. Esta vinculación se produce, por un lado, por razones prácticas y de eficiencia: la mediación es una de las respuestas a las dificultades que en muchos países afrontan los órganos judiciales; por otro, por razones procedimentales, es decir, por la capacidad de la mediación de producir un resultado —el acuerdo— percibido y sentido como justo por todas las partes”⁵¹.

Ahora bien, el ritmo de implantación de la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo en el territorio español ha sido muy diferente, y esas divergencias han tenido su origen en la diversa implicación de los poderes públicos.

Si observamos los distintos programas de mediación en el ámbito contencioso-administrativo, todos ellos han estado vinculados a una serie de convenios específicos con distintas instituciones y acompañados de la elaboración de una serie de protocolos para la puesta en marcha en función de los recursos y modelos organizativos existentes⁵². Como refiere la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, “el problema que se plantea es que, hoy por hoy, no hay conexión entre los mediadores suficientemente formados y experimentados y los tribunales, lo que está impidiendo que en muchos territorios la mediación se lleve a cabo convenientemente. Un sistema de Justicia eficaz y eficiente precisa de la implementación de servicios de mediación en los Tribunales españoles”⁵³.

En definitiva, en la actualidad, nos encontramos ante una implantación muy desigual, lo que impide que hablemos de un derecho de tutela en términos de equidad. Es así que es preciso que las diferentes Administraciones competentes trabajen de forma conjunta para ofrecer

Sánchez, Pascual, “La mediación y su integración...”, op. cit., págs. 17-20. Sobre las situaciones que podrían motivar acudir a mediación recogidas, *vid.* la Guía de preguntas y respuestas sobre la mediación y las administraciones públicas, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, a través de su sección de mediación (medialCAM), 2020, pág. 38.

⁵¹ Apdo. “Presentación” de la *Guía para la práctica de la mediación...*, op. cit., pág. 7.

⁵² *Vid.* los Convenios en la Mediación contencioso-administrativa (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Convenios/Mediacion-contencioso-administrativa/>, última consulta 17/11/2020).

⁵³ *Guía para la práctica de la mediación...*, op. cit., pág. 172.

al ciudadano, independientemente del lugar donde resida, la posibilidad de acudir a mediación una vez iniciada la vía judicial⁵⁴.

1. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

Teniendo en cuenta la falta de regulación de la mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo y que el procedimiento de mediación y el proceso judicial discurrirán en paralelo, al menos, durante un tiempo, se presentan una serie de peculiaridades que todos los profesionales intervinientes, principalmente la persona mediadora, así como los letrados de las personas mediadas, deberán conocer. Por tanto, de un modo u otro, es preciso que se establezcan normas que disciplinen la relación entre el procedimiento de mediación y el proceso judicial⁵⁵.

A. Inicio del procedimiento de mediación

La mediación intrajudicial se puede iniciar a instancia del órgano judicial, esto es por derivación, o a instancia de las partes.

Conforme viene recogido en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, el Juez con la colaboración de los LAJ, seleccionará las materias susceptibles de acogerse a una mediación intrajudicial en este ámbito contencioso-administrativo. La participación del LAJ se centra en la adopción de las medidas técnico-procesales necesarias que permitan impulsar el procedimiento de mediación intrajudicial y que este se desenvuelva con normalidad; para lo que podrá dictar las diligencias de ordenación, de comunicación y decretos, como resoluciones propias de los LAJ, en virtud de lo dispuesto en los arts. 456 LOPJ y 206.2 LEC⁵⁶.

En el ámbito de la mediación intrajudicial, junto a la derivación por parte del juzgado, puede darse el supuesto en el que la derivación a mediación tenga su origen en las propias partes en conflicto. Es decir, una o ambas partes la solicitan en alguna de las fases del proceso. Para hacer valer su pretensión, los letrados de las partes presentarán un escrito, bien conjunto o individualizado manifestando tal circunstancia y solicitando que desde el

⁵⁴ Avilés Navarro, María, “La mediación en el orden jurisdiccional...”, op. cit., pág. 36.

⁵⁵ En este sentido, Martín Diz (*Mediación en el ámbito...*, op. cit., pág. 331) propone la posibilidad de que mientras no se disponga de una norma legal reguladora del procedimiento de mediación intrajudicial contencioso-administrativo, se podría tomar como referencia, dentro de las adaptaciones pertinentes, el procedimiento dispuesto en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en sus arts. 16 a 24.

⁵⁶ *Guía para la práctica de la mediación...*, op. cit., págs. 176-177.

órgano judicial se proceda a la derivación del asunto al servicio de mediación intrajudicial.

Dicha manifestación puede realizarse en la demanda o contestación a la demanda, o también puede tener lugar en el propio acto de una vista o comparecencia, quedando recogida en la propia acta. Si solamente es una de las partes la que solicita la intervención mediadora, sin detener el curso del proceso, se oirá a la otra parte para que manifieste si muestra o no su conformidad con tal solicitud. De mostrar conformidad se derivará el asunto a mediación y, si por el contrario, muestra rechazo a la mediación, cabrían dos posibilidades; a saber, que el juez respete la decisión de una de las partes de no someterse a mediación y, por tanto, prosigan las actuaciones judiciales, o bien que sea el propio juez el que les informe e invite —en función del caso en concreto— o incluso les “inste” a acudir a una sesión informativa en el servicio de mediación correspondiente, a fin de que decidan si aceptar o no someterse al procedimiento de mediación.

B. Responsable de la derivación

La derivación a mediación, de oficio o a solicitud de las partes, podrá llevarse a cabo por el órgano judicial en todos los asuntos que se diriman en sede judicial en cualquier momento de la primera instancia, en la fase de los recursos o en la ejecución de sentencia.

La selección de los casos que se van a derivar a mediación la realizará el órgano judicial, quien a través de la oportuna resolución invitará a las partes y sus abogados a que acudan a una sesión informativa; tal y como se manifiesta en la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, “la inicial valoración judicial es necesaria, ya que es la puerta que conecta la mediación con los tribunales y da confianza a las partes al ser una recomendación personal del juez o del LAJ en su caso. Es necesario seleccionar los casos que se citan a la sesión informativa evitando derivaciones masivas que a la postre sólo conducirán al fracaso de la institución y a convertirla en un mero trámite, por lo que resulta preciso la lectura de la demanda y contestación en su caso”⁵⁷.

⁵⁷ *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial...*, op. cit., pág. 56. En este sentido, *vid.* Belando Garín, Beatriz, “La mediación intrajudicial contencioso-administrativa...”, op. cit., pág. 181.

C. Modelos de derivación

En relación a los modelos de servicio de mediación intrajudicial existentes, podemos señalar que los tipos más generalizados a los cuales el juzgado realiza la derivación son los siguientes:

- Servicios de mediación integrados en la nueva Oficina Judicial, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Murcia, donde se ha creado una Unidad de Mediación Intrajudicial (UMIM) dentro de los Servicios Comunes Procesales. Su funcionamiento se regula por el Ministerio de Justicia y por acuerdos gubernativos del Tribunal Superior de Justicia. Considerándose el modelo de máxima internalización de la mediación intrajudicial dentro del sistema de justicia⁵⁸.
- Servicios externalizados, como el modelo de Cataluña, en el cual el sistema judicial sólo se ocupa de la selección de los casos y de la derivación que realizan los juzgados y tribunales al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, dependiente de la Generalitat de Cataluña, siendo este centro el que realiza la sesión informativa y para el caso de que las partes deciden someterse a la mediación, se les remite a mediadores externos.

Todo ello, con independencia de que la derivación, ante la inexistencia de servicio de mediación en el juzgado de que se trate, se realice al mediador o institución de mediación que elijan las partes bien del panel de mediadores del propio juzgado o si el mismo no existe, dentro de los mediadores o instituciones que las mismas consideren⁵⁹.

A la vista de lo expuesto, se deberían unificar criterios en lo relativo a los modelos de mediación, entendiendo que se debería optar por servicios de mediación integrados en la nueva Oficina Judicial, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Murcia, debido a su máxima internalización de la mediación intrajudicial dentro del sistema de justicia⁶⁰; pero eso sí, con una dotación presupuestaria al efecto, que permita el establecimiento de

⁵⁸ La UMIM comenzó a funcionar en modo experimental a finales de 2013, (Instrucción de la Secretaría de Gobierno TSJ Murcia 5/2013 de 4 de noviembre, sobre puesta en marcha de la Unidad de Mediación Intra-judicial de Murcia – UMIM), adquiriendo carta de naturaleza orgánica como dependencia formal de la Oficina Judicial de Murcia con la Orden JUS/1721/2014 de 18 de septiembre (BOE 25 de septiembre de 2014) por la que se amplía la Oficina Judicial de Murcia.

⁵⁹ Vid. Ruiz García, María José, “El panel de mediadores: un recurso para la mediación intrajudicial”, *REDUR* 17, diciembre 2019, págs. 205-236.

⁶⁰ Vid., en este mismo sentido, el apdo. V del *Protocolo para la Infraestructura organizativa de la mediación conectada a los juzgados y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Madrid* recoge que “Entre los modelos existentes para la implementación del servicio de mediación conectada con el Tribunal, se considera, por ra-

equipos multidisciplinares de mediadores especializados, estables y remunerados en todos los ámbitos jurisdiccionales.

D. Momento para la derivación

Tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado, la derivación podrá hacerse al admitir a trámite la demanda o en cualquier momento anterior a la votación y fallo. En la propia vista también podrá derivarse a mediación de conformidad con lo previsto en el art. 77 LJCA.

La derivación a mediación también podrá realizarse en la sentencia que ponga fin al procedimiento o en apelación cuando por la naturaleza de los hechos discutidos y/o la relación subyacente, la mediación pueda ayudarles a resolver las cuestiones inherentes que no tengan contenido jurídico o de difícil satisfacción sólo en el plano jurídico⁶¹.

Igualmente, en fase de ejecución, dando información general con la incoación, o con derivación expresa una vez se haya formalizado oposición a la vista de su contenido. En este sentido, resulta especialmente recomendable proceder a la derivación en todas aquellas ejecuciones de hacer cuando exista un incidente de ejecución que evidencie un nuevo conflicto sobre el cumplimiento exacto de la sentencia⁶².

E. Forma de derivación

Con la finalidad de que el ciudadano sea conocedor de este método de gestión y/o solución de conflictos y pueda tomar la decisión de optar por este sistema o continuar con la vía judicial, el juzgado realizará una serie de actuaciones, como ya se han indicado, que pueden ser bien la de informar o invitar a las partes para que asistan a una sesión informativa de mediación.

zonas de seguridad jurídica, que sería deseable la creación una unidad de mediación intrajudicial integrada en los servicios comunes procesales”.

⁶¹ Apdo. IV.12 del *Protocolo de derivación a mediación en el ámbito contencioso-administrativo del TSJ de la Región de Murcia*.

⁶² Vid. Domínguez Barragán, María Luisa, “La mediación en ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, en Cabrera Mercado, Rafael (Dir.), *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Dykinson, 2017, págs. 399-410; Sala Sánchez, Pascual, “La mediación y su integración...”, op. cit., págs. 13-17.

Asimismo, debe señalarse el reconocimiento que ha recibido el recurso a la mediación en trámite de ejecución de sentencia en el ATSJ de Galicia 76/2019, de 8 de febrero de 2019 (JUR 2019/56226), relativo al derribo del Antiguo Edificio de Fenosa, en el que se han formulado varios votos particulares al entender que mediación intrajudicial es ajena al urbanismo y que, en esta materia, el art. 77 LJCA no es de aplicación. Sobre esta resolución, vid. Sala Sánchez, Pascual, “La mediación y su integración...”, op. cit., págs. 14-17.

La forma de actuación no es uniforme en todos los juzgados; además, la forma de derivar también será diferente dependiendo del momento procesal en que se produzca y también de quien sea el operador jurídico que la realice.

Como recoge la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, la derivación será proveída por el juzgado mediante una resolución motivada, en la que se acuerda la derivación del caso a la institución de mediación o al mediador que acuerden las partes o, en su caso, con quien exista convenio de colaboración o acuerdo gubernativo comunicado al CGPJ⁶³.

En este sentido, el juez o tribunal que conozca del procedimiento, si considera que el asunto puede ser susceptible de mediación, dictará una providencia y la notificará a las partes instándolas a acudir a una sesión informativa, para lo cual concederá un plazo a fin de que aquellas muestren su aquiescencia, de forma expresa o, en su caso, de forma tácita, cuando no se oponga la Administración demandada. Dicho impulso procesal también puede ser realizado por el LAJ a través del correspondiente decreto.

En la providencia o decreto deberá figurar con claridad el objeto del litigio que puede ser sometido a mediación, además de todas las menciones propias de una resolución jurisdiccional, así como lo referente a los principios rectores de la mediación y del propio procedimiento⁶⁴.

F. Suspensión del proceso judicial

Una vez acordada la derivación de la mediación y citadas las partes para comparecer el día y la hora señalados, podrá acordarse la suspensión del proceso si fuera necesario (art. 77.2 LJCA), por un plazo que se recomienda no sea superior a sesenta días hábiles a contar desde del comienzo de la sesión informativa de mediación⁶⁵. Este plazo puede prorrogarse a instancia de parte y previo informe del mediador cuando las circunstancias así lo justifiquen y se aprecie la existencia de indicios que puedan conducir a un acuerdo consensuado. La suspensión de actuaciones no será acordada si la mediación puede realizarse en el tiempo que media entre la admisión de la demanda y la celebración de vista, tal como prevé el art. 78.3 LJCA para el procedimiento abreviado.

⁶³ *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial...*, op. cit., pág. 57.

⁶⁴ *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial...*, op. cit., pág. 178.

⁶⁵ La suspensión del proceso por remisión a mediación en aplicación supletoria de lo previsto en el art. 19.4 LEC.

Una vez finalizada la mediación con o sin acuerdo se levantará la suspensión del proceso —si este se hubiera suspendido— continuándose con el trámite correspondiente⁶⁶.

2. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU EFICACIA JURÍDICA

El procedimiento de mediación puede concluir con acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento; además, la terminación del procedimiento es posible a instancias del mediador cuando aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

Asimismo, el acuerdo de mediación intrajudicial puede versar sobre una parte o la totalidad de las materias sometidas a dicho procedimiento. Igualmente, podrá afectar total o parcialmente al objeto del pleito. En tal caso, el juez deberá dictar la sentencia que corresponda, resolviendo la pretensión que quede por dirimir, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.3 LOPJ⁶⁷.

El procedimiento de mediación finalizará con un acta final en el que se plasmarán los acuerdos alcanzados o, en su caso la causa de finalización de la mediación. El acta se firmará por todas las personas mediadas o sus representantes —la Administración y el administrado— y por el mediador; y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas; en el caso de que alguna de las partes se niegue a plasmar su firma en el acta final, esta circunstancia habrá de reflejarse así por la persona mediadora en la misma acta. Cuando se trate de acuerdos que deban ser autorizados por la Administración competente a través del correspondiente testimonio, la aceptación deberá presentarse al mediador para su firma⁶⁸.

⁶⁶ *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial...*, op. cit., pág. 175.

⁶⁷ *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial...*, op. cit., pág. 180.

⁶⁸ El acuerdo podrá tener carácter provisional y condicionado a la correspondiente autorización previa por parte de las Administraciones Públicas en los casos que sea preciso la autorización oportuna para llegar a acuerdo o transacción. El acuerdo de mediación intrajudicial deberá ser autorizado por la autoridad competente cuando afecte directamente a bienes y derechos de la Hacienda pública. No será necesaria la autorización y bastará la intervención del Abogado del Estado o representante legal de la Administración cuando el acuerdo de mediación intrajudicial se refiera a: afectaciones patrimoniales indirectas y asuntos de menor cuantía que no alcancen el límite de la cuantía casacional o reclamaciones de cantidad, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración o las demás previstas en la ley.

En la mediación intrajudicial, una vez levantada acta, cualquiera que sea el motivo de finalización de la mediación, la persona mediadora o la institución de mediación donde se haya desarrollado, deberá remitir al juzgado que ha realizado la derivación la ficha correspondiente donde conste la finalización del procedimiento de mediación, con indicación de si ha habido o no acuerdo y, en su caso, si este ha sido total o parcial, pero sin mencionar el contenido del mismo, en atención al principio rector de confidencialidad. Recibida el acta y en función de la causa de finalización de la mediación, el juez proseguirá el proceso judicial si no hay acuerdo y si lo hubiere procederá a la homologación mediante auto en el cual además ordenará el archivo de las actuaciones.

No obstante, independientemente de si se ha finalizado el procedimiento de mediación con o sin acuerdo y cual haya sido la razón o la forma concreta de finalización, la terminación de la mediación conlleva una serie de efectos, como puede ser: la devolución de los documentos aportados en el transcurso de la mediación, de manera que, la persona mediadora devolverá a cada uno de los mediados los documentos que hubiese aportado en el transcurso de la mediación y con los que no se devuelvan, como pueden ser las notas y apuntes realizados en cada sesión para un buen desarrollo del procedimiento se formará un expediente que tiene carácter absolutamente confidencial, por lo que no podrá ser utilizado en un ulterior proceso judicial o arbitraje entre las partes.

Este requisito no es sino consecuencia del principio de confidencialidad rector de todo procedimiento de mediación; de esta forma, las personas mediadoras consiguen, en parte, librarse de la responsabilidad que supone la custodia de documentos confidenciales a todos los efectos⁶⁹.

Por otra parte, en relación al acuerdo obtenido en una mediación intrajudicial, debe partirse de la consideración general del carácter vinculante del acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación, lo que supondrá que las partes se obligan a su cumplimiento desde el momento en que lo suscriben.

En este sentido se entiende que, cuando se proceda a la firma del acuerdo de mediación por las partes mediadas, a este se le confiere el carácter vinculante de cualquier contrato privado, incluso con un “plus” de obligatoriedad respecto de los restantes, pues será muy difícil que prospere una acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, dado que la presencia

⁶⁹ Lorca Navarrete, Ana M.^a, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2012, pág. 176.

de la persona mediadora garantiza, por regla general, la ausencia de error, violencia, intimidación o dolo⁷⁰. En este supuesto, el acuerdo sería vinculante pudiendo llegar a configurarse en un título ejecutivo si se siguen los trámites para ello; y, en todo caso, podría ser aportado como prueba en un proceso.

Por tanto, los acuerdos alcanzados en un procedimiento de mediación intrajudicial, cumpliéndose los requisitos de forma, contenido y procedimiento deben ser valorados como plenas declaraciones de voluntad como verdaderos negocios jurídicos mediados de naturaleza contractual. Esto significa que el acuerdo de mediación vincula a las partes y les obliga a cumplir lo acordado desde el momento en que se perfecciona mediante su firma, siempre que reúna los requisitos esenciales para su validez. Pero carecerá de eficacia ejecutiva hasta que este no se configure como título ejecutivo⁷¹.

Además del carácter vinculante que posee el acuerdo de mediación directamente, como se ha señalado, existe la posibilidad de dotarlo de eficacia ejecutiva; en este caso, cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación⁷².

En este caso, si lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo para el interés público o de terceros, el juez dictará auto declarando terminado el procedimiento por terminación convencional del mismo. Por lo tanto, se produce la finalización del proceso, con el consiguiente archivo de actuaciones y devolución del expediente administrativo a la Administración de origen del mismo⁷³. Así, una vez rati-

⁷⁰ Utrera Gutiérrez, José Luis, *Mediación Intrajudicial práctica para abogados y mediadores*, Ley 57, Málaga, 2016, pág. 137.

⁷¹ *Vid.*, en relación al acuerdo en el ámbito civil, Grande Seara, Pablo, “El acuerdo de mediación y su ejecución”, en Pillado González, Esther, Fariña Rivera, Francisca (Coords.), *Mediación Familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 299.

⁷² El apdo. III.32 *Protocolo de derivación a mediación en el ámbito contencioso-administrativo del TSJ de la Región de Murcia* dispone que “Habrán de ser las partes con el asesoramiento de sus Abogados las que decidan y soliciten al Juzgado lo que estimen oportuno como, por ejemplo: a) desistimiento bilateral; b) la renuncia a la acción; c) la desaparición sobrevenida del objeto del proceso; d) la elevación a escritura pública o e) la homologación judicial del acuerdo”.

A modo de ejemplo, *vid.* el acuerdo entre Parking Maspalomas S.A. y el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, homologado por ATSJ de Canarias 85/2016, de 21 de abril (JUR 2019/280338); el acuerdo alcanzado entre la entidad Club Lanzarote S.A. con el Consejo Insular de Aguas, acuerdo homologado por AJCA núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, 208/2017, de 7 de noviembre (JUR 2017/304995); el acuerdo alcanzado en A Coruña en fase de ejecución, homologado, por ATSJ de Galicia 76/2019, de 8 de febrero de 2019 (JUR 2019/56226), relativo al derribo del Antiguo Edificio de Fenosa.

⁷³ Martín Diz, Fernando, *Mediación en el ámbito...*, op. cit., pág. 258.

ficado en el pertinente auto de homologación, se dotará de valor de cosa juzgada (cuando alcance firmeza) y constituirá el título ejecutivo sobre el cual instar la ejecución forzosa de las obligaciones en él contenidas. El auto de homologación se ejecutará conforme a los arts. 103 y ss. LJCA, siendo el acuerdo de mediación el título que es susceptible de ejecución.

En definitiva, la posibilidad de ejecución del acuerdo de mediación dota a este método de gestión y/o solución de conflictos de la fuerza e importancia necesaria para su éxito; es decir, deja de ser un simple procedimiento de comunicación, diálogo y acuerdo entre partes, conformándose como un procedimiento cuyo acuerdo final es de obligado cumplimiento que, en su caso, podrá ser exigido por vía de la acción ejecutiva o ejecución forzosa.

VI. CONCLUSIONES

La mediación en el ámbito contencioso-administrativo se presenta como un método complementario a la vía judicial, adecuado y eficaz. Supone superar análisis que parecen obsoletos para adentrarse en perspectivas transversales con las que intentar solventar los conflictos, no tanto para paliar el colapso del sistema judicial del modelo jurisdiccional clásico, sino como un medio para resolver controversias que asume otros espacios y aspiraciones y, en ocasiones, de forma más adecuada que la resolución judicial.

En este sentido, la mediación administrativa permite que el interés público se concilie con los derechos e intereses individuales, al propiciar soluciones amistosas y mutuamente aceptadas por las partes.

En lo últimos años, el acuerdo ha comenzado a cobrar auge tanto por exigencia de la nueva sociedad en red como por el principio constitucional de eficiencia, *ex art. 31.2 CE*, que se cumple si el conflicto finaliza lo antes posible y de forma amistosa, evitando pérdidas de tiempo y recursos. Es indudable que crear certidumbre mediante acuerdos es más deseable que dictar resoluciones susceptibles de anularse judicial o administrativamente, o de no ser cumplidas voluntariamente.

Asimismo, el principio constitucional de eficacia, *ex art. 103.1 CE*, supone que, si la Administración consigue llegar a un acuerdo con el administrado, se habrá cumplido el objetivo de la Administración de servir al interés general y el del ciudadano de satisfacer el interés privado. En el supuesto de una resolución de la Administración o de un órgano jurisdiccional, es posible que no se satisfagan los intereses de las partes implicadas.

En tercer lugar, porque facilitaría las relaciones Administración-ciudadanos, en la medida que se percibirían como sujetos en los que confiar y no como adversarios u oponentes. La satisfacción de lo público no requiere oponentes.

Y, por último, porque permite que los ciudadanos puedan estar satisfechos con la acción administrativa y, por lo tanto, con la acción de quienes le gobierna, mientras que las otras formas no garantizan que los intereses del ciudadano puedan satisfacerse. Si es posible aunar intereses públicos y privados al mismo tiempo, esa debería ser la prioridad, y sólo cuando no sea posible debe primar lo público.

La sociedad, la confianza democrática, la propia supervivencia del sistema requieren, sin duda, una apuesta decidida por la cultura del pacto y, sobre todo, cuando ya se ha iniciado la vía judicial. Para ello se requiere un mayor compromiso institucional por parte de las Administraciones competentes como por parte de los distintos operadores jurídicos.

En este orden de ideas, a pesar del potencial de la mediación y de los resultados positivos de las escasas experiencias de los programas piloto de mediación intrajudicial desarrolladas en distintos tribunales, la mediación en el ámbito contencioso-administrativo presenta un exiguo alcance en la práctica. Esta realidad trae su causa fundamentalmente, en la ausencia de interés de las Administraciones y en la escasa corta e insuficiente tradición que presenta este mecanismo de resolución de controversias en el orden contencioso-administrativo.

En definitiva, se deben invertir todos los esfuerzos por acabar de persuadir a la Administración Pública y a todos los operadores jurídicos implicados, con especial relevancia a los que tiene encomendada la defensa y representación de la aquella, que asuman que, ante todo conflicto en este ámbito, lo primero es analizar si se puede conseguir un acuerdo, deben interiorizar el acuerdo como primera forma de administrar el interés común. Para ello, es necesario que se potencie la creación de servicios de mediación intrajudicial en todo el territorio, que garanticen un sistema de justicia eficaz y eficiente. Asimismo, sería conveniente que se procediese a la formación e información de todos los agentes implicados, tanto los operadores jurídicos como las posibles partes intervinientes, así como que se unificasen los distintos modelos de mediación existentes en nuestro territorio, además de establecer formas de derivación homogéneas en función de la tipología de conflictos.

Igualmente, teniendo en cuenta el marco normativo actual, a fin de garantizar la seguridad jurídica, sería oportuno una Ley de mediación administrativa, que contemple las particularidades propias de esta materia como de la propia mediación administrativa, así como que la LJCA contemplase

directamente el procedimiento de mediación y se estableciesen una serie de previsiones y pautas concretas para ordenar su desarrollo y que permitan una adecuada incardinación en el proceso.

En consecuencia, es el momento de una efectiva implantación y de un empuje tanto normativo como institucional que contribuya a la consolidación de la mediación intrajudicial como un método de gestión y resolución de conflictos administrativos con el que alcanzar soluciones efectivas y eficientes. Todo ello contribuiría a un cambio de actitud en las Administraciones Públicas, mucho más cercanas a los ciudadanos. No resulta fácil aventurar si se va asumir. Sólo aquellas Administraciones que sean capaces de implantar este cambio fundamental podrán gobernar en la sociedad el siglo XXI. Las que no lo hagan estarán condenadas a que los ciudadanos no crean en ellas, se sientan distanciados de la misma, y con el tiempo acaben desapareciendo por falta de conexión con la sociedad. Las distintas Administraciones no pueden sobrevivir sin la razón de ser de su existencia: servir con objetividad los intereses generales de los ciudadanos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Avilés Navarro, María, “La mediación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en España”, *Revista Acta Judicial*, núm. 6, julio-diciembre 2020, págs. 24-47.
- Barona Vilar, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Belando Garín, Beatriz, “La mediación intrajudicial contencioso-administrativa frente al colapso de la justicia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 207, 2020, págs. 173-190.
- Bustillo Bolado, Roberto O., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- Calaza López, Sonia, *Confluencia de la jurisdicción y desjudicialización*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- Carballo Martínez, Gerardo, *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2008.
- De Palma del Teso, Ángeles, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.
- Delgado Piqueras, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- Domínguez Barragán, María Luisa, “La mediación en ejecución de sentencias contencioso-administrativas”, en Cabrera Mercado, Rafael (Dir.), *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Dykinson, 2017, págs. 399-410.

- Farto Play, Tomás, “La forma más satisfactoria de terminar el procedimiento administrativo: la terminación convencional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2012, págs. 43-70.
- Gamero Casado, Eduardo, “Iniciativas de mediación intrajudicial en el contencioso-administrativo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 198/2019, págs. 1-23 (<http://www.aranzadidigital.es>, última consulta: 06/02/2021).
- García Álvarez, Rosario, “Mediación y Abogados: Un nuevo paradigma profesional”, *Otrosí, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, julio-septiembre de 2012, págs. 37-44.
- González Bustos, M.^a Angeles, “La mediación como instrumento de innovación de las relaciones entre ciudadanos y Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 196, 2019, págs. 1-32 (<http://www.aranzadidigital.es>, última consulta: 04/02/2021).
- Grande Seara, Pablo, “El acuerdo de mediación y su ejecución”, en Pillado González, Esther, Fariña Rivera, Francisca (Coords.), *Mediación Familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 293-343.
- Lorca Navarrete, Ana M.^a, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2012.
- Martín Diz, Fernando, *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018.
- “La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia”, en Martín Diz, Fernando (Coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.
- Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 10^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP/BOE. Madrid, 1995.
- Rams Ramos, Leonor, “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos (ADR) en el ámbito del derecho administrativo”, en Chico de la Cámara, Pablo (Dir.), *Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en las distintas esferas del ordenamiento jurídico*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 669-713.
- Rivero Ortega, Ricardo, *Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Ruiz García, María José, “El panel de mediadores: un recurso para la mediación intrajudicial”, *REDUR* 17, diciembre 2019, págs. 205-236.
- Sala Sánchez, Pascual, “La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo”, *Diario la Ley*, núm. 9632, 2020, págs. 1-22 (<http://laleydigital.laley.es>, última consulta: 06/02/2021).
- Soletto Muñoz, Helena, “Marco jurídico de la mediación civil y mercantil en España”, en Blohorn-Brenneur, Béatrice, Soletto Muñoz, Helena, *La mediación para todos: Mediación en el ámbito civil e Intrajudicial*, Dykinson, Madrid, 2019, págs. 77-118.
- Utrera Gutiérrez, José Luis, *Mediación Intrajudicial práctica para abogados y mediadores*, Ley 57, Málaga, 2016.

ARISTAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DIRECTIVA 2011/99/UE REGULADORA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN EUROPEA

PROBLEMS REGARDING THE IMPLEMENTATION OF DIRECTIVE 2011/99/ EU OF THE EUROPEAN PROTECTION ORDER

Raquel BORGES BLÁZQUEZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal. Universidad de Valencia
Raquel.Borges@uv.es

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO. II. LA DIRECTIVA 2011/99/UE, ¿ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN O DE ALEJAMIENTO? III. EL REGLAMENTO (UE) 606/2013, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA CIVIL, COMPLEMENTARIO Y EXCLUYENTE DE LA DIRECTIVA 2011/99/UE. IV. LA POSIBLE COLISIÓN CON INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE CARÁCTER PENAL: LAS DECISIONES MARCO DE LIBERTAD VIGILADA Y DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL. 1. Mismo objetivo, diversas perspectivas. A. La Decisión Marco 2008/947/JAI de libertad vigilada. B. La Decisión marco 2009/829/JAI de medidas alternativas a la prisión provisional. 2. La designación del órgano competente. A. Ejecución. B. Transmisión. V. LA PREVISIBLE INTERACCIÓN CON LA DIRECTIVA 2014/41/CE SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL. 1. Definición de orden europea de investigación. 2. A modo de ejemplo: un posible caso práctico. 3. Órgano competente y requisitos para la emisión. VI. LA NECESIDAD DE ESTUDIAR LA DIRECTIVA 2011/99/UE, SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN, EN RELACIÓN CON LA DIRECTIVA 2012/29/UE DE VÍCTIMAS. VII. REFLEXIONES FINALES. 1. La voluntad de creación de una protección transnacional, ¿qué falló durante el proceso? 2. El desconocimiento de la orden europea de protección por parte de los operadores jurídicos. 3. A modo de propuesta: la formación de los operadores jurídicos para combatir el desconocimiento del instrumento de la OEP. VIII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA Y CITADA. IX. JURISPRUDENCIA.

Resumen: Las órdenes de protección son medidas que tienen como finalidad proteger a una persona de un posible daño a su vida, integridad física o psicológica, libertad personal, integridad sexual o dignidad. Su objetivo es evitar futuros contactos entre el agresor y su víctima. Este tipo de medidas pueden ser adoptadas en procedimientos civiles y/o penales, dependiendo del país. Debemos tener en cuenta que la Orden de Protección Europea es un mecanismo de cooperación judicial que tiene que ser interpretado junto con otros instrumentos de cooperación judicial: las

Decisiones marco de libertad vigilada y de medidas alternativas a la prisión provisional y el Reglamento (UE) 606/2013. Además, como mecanismo de protección de víctimas, debe ser interpretado junto con la Directiva de Víctimas.

Abstract: Protection orders are meant to protect a person against an act that may endanger their life, physical or psychological integrity, personal liberty, sexual integrity or dignity. The aim is to avoid contacts between the offender and the victim. This kind of protection measures can be adopted as part of civil and criminal proceedings depending on the European Country in which the procedure is taking place. We have to take into account that the European Protection Order is a legal instrument of judicial cooperation. The European Protection Order has to be interpreted together with other instruments of judicial cooperation: Council Framework Decision 2009/829/JHA, Council Framework Decision 2008/947/JHA and Regulation (EU) 606/2013. Furthermore, as a mechanism for victim protection, its shortcomings should be compensated for through the application and the implementation of Directive 29/2012/EU.

Palabras Clave: Cooperación judicial penal, Cooperación judicial civil, Unión Europea, Reconocimiento Mutuo, Medidas de Protección, Orden de Protección Europea, Protección de Víctimas, Derecho Procesal

Key Words: Criminal Judicial Cooperation, Civil Judicial Cooperation, European Union, Mutual Recognition, Protection Measures, European Protection Order, Victims Protection, Procedural Law

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

El objetivo principal de este artículo es analizar las diferentes medidas de protección que se ofrecen a las víctimas de la violencia de género en toda la UE, fijando especial atención en la Directiva 99/2011/UE sobre la orden europea de protección¹. Partimos de la premisa de que tanto la libertad de circulación como el derecho a desplazarse seguras son derechos esenciales. Los diversos Estados miembros hacen uso del derecho penal, civil y administrativo para garantizar unos estándares básicos de calidad de vida y buscar un futuro mejor para las generaciones presentes y futuras. No obstante, esta protección no puede ser eficaz sin un reconocimiento mutuo real dentro de la UE. Las órdenes de protección tienen por objeto proteger a una persona contra un acto que pueda poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su libertad personal, su integridad sexual o su dignidad. El objetivo es evitar los contactos entre el delincuente y la víctima. Este tipo de medidas de protección pueden adoptarse en el marco de procedimientos civiles y penales, según el país europeo en el que se lleve a cabo el proce-

¹ <https://www.boe.es/doue/2011/338/L00002-00018.pdf> DOUE núm. 338, de 21 de diciembre de 2011.

dimiento. Esta es la razón por la que tenemos: 1) La Directiva 99/2011/UE sobre la orden europea de protección y 2) el Reglamento (UE) 606/2013 sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de protección en materia civil². Las tres medidas de protección incluidas en la Directiva 99/2011/UE y en el Reglamento (UE) 606/2013 se encuentran en la legislación nacional de todos los Estados miembros. Su inclusión en la Directiva y en el Reglamento tiene por objeto establecer un nivel mínimo de protección de las víctimas, sin modificar la legislación interna de los Estados miembros. La Directiva debía conducir a una aproximación de esta diversidad pero en la práctica se mantienen los diferentes sistemas nacionales de protección de las víctimas. Por eso debemos preguntarnos: ¿Vamos por el buen camino con la Directiva 99/2011/UE o estamos perdiendo el tiempo? ¿Es realmente útil el instrumento de la Orden de Protección Europea o es una falsa promesa de protección a las víctimas? En el segundo caso, debemos encontrar una solución estudiando la Directiva 2011/99/UE y los instrumentos con los que colisiona y/o interactúa por medio del estudio multinivel (europeo y nacional).

El reducido uso de medidas de protección³ confirma los peores presagios: Las medidas de protección europeas no funcionan debido a que la UE está muy lejos de lo que se debería ser. Es indiscutible el hecho de que no ha habido armonización previa. Y no la ha habido porque en temas tan sensibles cómo son decidir cuándo hacer uso del derecho penal y cuándo adoptar políticas preventivas los Estados miembros no se pusieron de acuerdo. Nadie quiso perder su soberanía estatal. Los diferentes Estados fueron conscientes de la necesidad de proteger, pero en la práctica optaron por el principio del reconocimiento mutuo. Por hacer uso del derecho procesal penal para ir acercando los diversos ordenamientos jurídicos. Ha llegado el momento de dar un paso más y de plantearnos si estamos dispuestos a aceptar mayores estándares de armonización. Y para ejemplo, un botón. España es uno de los países que utiliza medidas de protección penal. Sin embargo, casi todos

² <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2013-81292> DOUE núm. 181, de 29 de junio de 2013.

³ Si acudimos a los datos del CENDOJ, España ha emitido 34 OEPs entre los años 2015-2019, un número muy reducido si lo contrastamos con las cifras de violencia de género en nuestro país. Además, la OEP puede ser otorgada a cualquier víctima de violencia, no sólo a las de género. De estas 34 OEPs, 2 fueron emitidas por Audiencias Provinciales, 21 por Juzgados de Violencia sobre la Mujer, 6 por Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y 5 por Juzgados de lo Penal. Información disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Cooperacion-con-organos-judiciales-extranjeros/Solicitudes-de-cooperacion-tramitadas-directamente-por-los-organos-judiciales/>

los Estados de la UE utilizan medidas de protección civil. Esto plantea un problema que debe resolverse: la eficacia en el reconocimiento mutuo de las medidas de protección civil y penal. Esta cuestión está relacionada con el uso y abuso del derecho penal que estamos enfrentando en los últimos años. Es necesario reflexionar profundamente sobre cómo, cuándo y bajo qué circunstancias tenemos que utilizar el derecho penal.

Esta falta de armonización conduce a otro problema: la inexistencia de un concepto de víctimas de la violencia de género a nivel europeo. Solo cuando estudiamos este elemento podemos darnos cuenta de la importancia de que el factor sociológico y el jurídico trabajen juntos. Solo contextualizando la realidad nacional y supranacional podremos entender las razones por las que cada Estado tiene su propio concepto de violencia de género. Los datos estadísticos y los informes oficiales son elementos clave para conocer la entidad del problema de la violencia de género. Una mirada crítica a las cifras oficiales y su coste muestra la necesidad de crear medidas de protección a nivel europeo. Según datos de la FRA, una de cada tres mujeres europeas —33%— ha sufrido violencia física o sexual desde los 15 años. Esta proporción se reduce a una de cada cuatro mujeres europeas —22%— si solo consideramos la violencia sufrida por la pareja o expareja. Una de cada tres mujeres europeas —32%— ha sufrido maltrato psicológico por parte de su pareja o expareja. Otro hecho para tener en cuenta es el coste global de la violencia de género. Según la encuesta del gobierno español denominada “El impacto de la violencia de género en España: una valoración de sus costes en 2016”, en 2006 cada ciudadano europeo pagó entre 20 y 60 euros para prestar diferentes servicios sociales a las víctimas de la violencia de género. Cinco años después, el coste total de la violencia de género en la UE fue de 288.000 millones de euros (1,8% del Producto Interior Bruto).

Por otro lado, no podemos perder de vista la naturaleza eminentemente procesal de estos instrumentos. La orden de protección europea es un instrumento jurídico de cooperación judicial. Como mecanismo de cooperación judicial, la orden de protección europea debe interpretarse junto con otros instrumentos de cooperación judicial: la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo relativa a la aplicación, entre Estados de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional⁴; la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo relativa a la aplicación del principio de reconoci-

⁴ <https://www.boe.es/doue/2009/294/L00020-00040.pdf> DOUE núm. 294, de 11 de diciembre de 2009.

miento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y a las penas sustitutivas⁵; y el Reglamento (UE) 606/2013 sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de protección en materia civil. Además, como mecanismo de protección de las víctimas, sus deficiencias deben compensarse mediante la aplicación y la puesta en práctica de la Directiva 29/2012/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁶.

Considero que las medidas de protección son esenciales si queremos seguir construyendo Europa. Además, existe una obligación positiva del Estado de proteger a sus ciudadanos contra los hechos que puedan poner en peligro su integridad o su vida. Si el Estado no nos protege, podría devenir en un incumplimiento de su obligación de protegernos. Creo firmemente que las medidas de protección europeas son instrumentos totalmente necesarios si queremos crear un verdadero Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Las víctimas sólo podrán circular libremente por la UE si garantizamos su derecho a sentirse seguras. Además, sólo una verdadera Justicia puede garantizar la Libertad y la Seguridad. En consecuencia, a lo largo de estas páginas se mantiene la necesidad de la cooperación entre los diferentes Estados europeos como única forma de luchar contra la delincuencia en una sociedad globalizada.

Debido al espacio limitado del trabajo no podemos dar respuesta a todos los interrogantes que plantea la OEP. A lo largo éste vamos a centrarnos en las aristas que conlleva la colisión y/o interacción con otros instrumentos de reconocimiento mutuo. Porque la Directiva OEP no es el único instrumento que puede utilizarse para proteger a las víctimas en el marco europeo. Existen otros instrumentos que, directa o indirectamente, también protegen a las víctimas y es necesario conocerlos y estudiarlos para saber cuándo y en qué condiciones haremos uso de una OEP y cuándo y en qué supuestos haremos uso de otras medidas de protección. Así, con este trabajo se busca luchar contra el miedo de los operadores jurídicos a hacer uso de estos instrumentos de reconocimiento mutuo. Miedo que se basa en un desconocimiento de los diversos instrumentos europeos. Porque los jueces nacionales no tienen conciencia de juez europeo. Porque la voluntad de proteger a las víctimas existió, pero fallaron los medios para llevarla a

⁵ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82494> DOUE núm. 337, de 16 de diciembre de 2008

⁶ <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf> DOUE núm. 315, de 14 de noviembre de 2012

cabo. En las siguientes líneas estudiaremos los instrumentos con los que considero la Directiva va a interactuar/colisionar para combatir el desconocimiento. No en vano, las reflexiones y propuestas apuntan hacia una mayor formación para que los operadores jurídicos comiencen a utilizar los instrumentos de reconocimiento mutuo.

II. LA DIRECTIVA 2011/99/UE, ¿ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN O DE ALEJAMIENTO?

De la toma de conciencia por parte de la sociedad de la vulneración sistemática de Derechos Humanos cuando las puertas de los hogares se cierran, la adopción de medidas legislativas para atajar el problema a nivel nacional, el invento de la OP (Orden de Protección) para salvaguardar la integridad de las víctimas —siendo especialmente numerosas las víctimas de violencia de género—⁷, así como del reconocimiento de la necesidad de la protección de las víctimas fuera de las fronteras nacionales surge el caldo de cultivo necesario para la creación de un instrumento de protección de víctimas transnacional: la OEP (Orden Europea de Protección). Los principios básicos de este instrumento no se encuentran explicitados en una lista, ni siquiera en la Exposición de Motivos. Tras la lectura del texto podríamos concluir que estos principios se dividen en: 1) reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, 2) confianza mutua entre los Estados miembros de la UE y 3) comunicación directa entra las autoridades de los distintos Estados miembros⁸.

La OEP surge como instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal, y pretende que las víctimas de delitos gocen de una protección equivalente en todo el territorio de la UE⁹. Así, la víctima que goce de una medida de protección frente a su agresor, dictada con arreglo al derecho de un Estado miembro —el de emisión—, si pretende trasladarse a otro Estado miembro —el de ejecución— puede solicitar una OEP, que será dictada por el Estado de emisión y reconocida en destino por el Estado de ejecución¹⁰. Este instrumento tiene un triple objetivo: 1) prevenir futuras ofensas por el agresor, o presunto agresor, en el Estado miembro al que decide trasladarse la víctima, 2) ofrecer a la víctima la garantía de que el Estado miembro al

⁷ Estamos haciendo referencia al concepto género de la legislación española.

⁸ Klimek 2017, 178.

⁹ Con la excepción de Irlanda y Dinamarca, que no han participado en la adopción de esta Directiva y que, por lo tanto, no les es aplicable de acuerdo con los considerandos (41) y (42) de la OEP.

¹⁰ Gómez Amigo 2017, 3.

que va a moverse la va a proteger de forma similar a aquella protección que previamente se le había brindado y 3) prevenir discriminaciones entre las víctimas migrantes y las que residen en el Estado miembro que inició tales medidas¹¹. Señalar que también el TJUE se ha ocupado de casos en los que la violencia de género está presente teniendo como presupuesto la construcción jurídica de que la igualdad de derechos en el ejercicio de la libre circulación para los ciudadanos europeos tiene que poder ejercitarse en las mismas condiciones que los nacionales de los Estados miembros del destino. Así, en el Asunto Ian William Cowan¹² afirmó que, si el derecho de la UE garantiza a una persona física la libertad de desplazarse a otro Estado, el Estado miembro de destino debe garantizar su integridad física igual que lo haría con sus propios nacionales. Y en el Asunto James Word y Fonds¹³ consideró que los Estados tienen el deber de garantizar las indemnizaciones por daños causados a una persona física por delito en las mismas condiciones en que se lo reconocerían a sus propios nacionales.

La OEP es un instrumento que aplica a todo tipo de víctimas de los tipos delictivos que puedan poner en peligro su vida, integridad física, psicológica, dignidad, libertad o integridad sexual y puede emitirse tanto en relación con medidas cautelares adoptadas en un proceso penal o como consecuencia de la imposición de penas o medidas de seguridad privativas de delito siempre que consistan en un listado cerrado de tres medidas. Refiere DE HOYOS SANCHO que, el hecho de que solo sean las tres medidas enunciadas y no otras, obedece seguramente a la complejidad y dificultad que caracterizó la negociación del instrumento¹⁴.

Apunta RODRÍGUEZ LAINZ que, en un contexto en el que la decidida superposición del derecho de la UE en los ordenamientos internos para salvaguardar el ELSJ (Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia) se estaba convirtiendo en la hoja de ruta de los distintos Estados miembros, el gigantesco paso atrás demostrado por la Directiva OEP no puede tener otra explicación que la existencia de “irreductibles planteamientos ideológicos y políticos que confrontarían la visión del problema de la violencia en el ámbito intrafamiliar, o específicamente de género”, por parte de Estados miembros obcecados en no ceder su soberanía en cuestiones tan delicadas. Establecer

¹¹ Klimek 2017, 178.

¹² STJUE, Asunto 186/87, Ian William Cowan contra Trésor public, de 2 de febrero de 1989 (ECLI:EU:C:1989:47).

¹³ STJUE, Asunto 164/07, James Word contra Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres intractions, de 5 de junio de 2008 (ECLI:EU:C:2008:321).

¹⁴ De Hoyos Sancho, 5.

normas comunes o tipos penales específicos en dichos ámbitos punitivos y definir el contenido de medidas de protección homologables en todos los Estados miembros es algo “técnicamente sencillo, baladí”. Lo que resulta complicado es conseguir que todos los Estados caminen en la misma dirección, aún en contra de sus diferentes historias legislativas¹⁵. Sentencia este autor que debieron ser razones políticas¹⁶ aquellas que “forzaron a los Estados miembros a decantarse por trasnochadas técnicas jurídicas que resumaban de un soberanismo poco comprensible en el actual esquema del reconocimiento mutuo. Concluye el fracaso de la iniciativa española no puede ser más patente”¹⁷.

A sensu contrario, TAMARIT SUMALLA refiere que la creación de una OEP descansa sobre un certificado expedido por el juez de origen, siguiendo el modelo de la OEDE (Orden Europea de Detención y Entrega). Y esta simetría con respecto al mecanismo de la OEDE refuerza el mensaje de que la protección de las víctimas merece los mismos esfuerzos que la persecución del delincuente¹⁸, sin perder de vista que la política de protección de víctimas no puede leerse en clave de política punitiva¹⁹.

La idea de la OEP se planteó de manera muy ambiciosa para aquello que ha terminado siendo. Se buscaba la creación de una euro-orden de protección para luchar contra la violencia de género en todo el territorio europeo que, a la vez, planteaba la posibilidad de hacer accesibles a otros Estados miembros los antecedentes penales relacionados con la violencia de género. Esta euro-orden estaba llamada a garantizar que las medidas de protección acompañasen a la víctima allá a donde se desplazase, así como la creación de un observatorio europeo contra la violencia de género a imagen y semejanza del observatorio español, con la idea de elaborar indicadores comunes de violencia machista en el entorno UE²⁰. Pero las medidas que finalmente se adoptaron recuerdan más a las de la orden de alejamiento que a las de la OP española. Así, “la iniciativa española nació realmente afectada, por no decir desnaturalizada, como consecuencia del precio que hubo de

¹⁵ Aunque referido a la orden europea de investigación, apunta Bachmaier Winter, “Los estados desean seguir manteniendo la posibilidad de rechazar una petición de prueba si la ejecución de la misma no se ajusta a los parámetros que en su sociedad se consideran proporcionales”. Bachmaier Winter 2011, 12.

¹⁶ En el mismo sentido, “National identity rethoric currently permeates the political debate in many European countries”. Cloots 2015, 1.

¹⁷ Rodríguez Lainz 2012, 1.

¹⁸ Tamarit Sumalla 2013, 44.

¹⁹ Arangüena Fanego 2015, 500.

²⁰ Rodríguez Lainz 2012, 1.

pagar para obtener el apoyo de otros Estados miembros²¹ que, a pesar de compartir las intenciones y principios que inspiraba la iniciativa española, querían preservar sus ordenamientos internos de decisiones acordadas por otros Estados. Y en su camino hacia su aprobación definitiva perdió todavía más de lo poco que le quedaba de norma de casi obligado cumplimiento, se creó un contexto normativo donde la regresión a esquemas propios del convencionalismo que inspiró la generación de textos de cooperación internacional no ya de la propia UE, sino del Consejo de Europa²², quedaba patente²³.

III. EL REGLAMENTO (UE) 606/2013, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA CIVIL, COMPLEMENTARIO Y EXCLUYENTE DE LA DIRECTIVA 2011/99/UE

Refiere ETXEBARRÍA ESTANKONA que, dado que, con toda probabilidad, la relación de complementariedad excluyente existente entre la Directiva OEP y el Reglamento EPM (European Protection Measures), generará inconvenientes en su aplicación, la correcta implementación y aplicación de dichos instrumentos requiere de una comprensión y lectura conjunta²⁴. Ambos instrumentos tienen la misma finalidad: salvaguardar el derecho de las víctimas a circular libremente y facilitar/simplificar el acceso a la justicia²⁵ al evitar que deban solicitar de nuevo la adopción de una medida de protección en el EM al que se desplacen²⁶.

El Reglamento EPM²⁷ establece un mecanismo sencillo y rápido para el reconocimiento de medidas de protección dictadas en un EM en materia civil (artículo 1 Reglamento EPM). Su base jurídica la encontramos en el ar-

²¹ Ibidem, 3.

²² “El objeto del derecho penal europeo en el marco del Consejo de Europa son aquellas normas que resultan de las consultas del Consejo de Europa, en particular de la CEDH () Aunque el Consejo de Europa, como federación de Estados, no tiene ningún poder para elaborar legislación supranacional, sus fines revelan al menos la aspiración de armonizar el derecho de los Estados miembros. Aquí tuvo un rol muy importante, en sus inicios, el ámbito del derecho penal”. Ambos 2017, 76.

²³ Rodríguez Lainz 2012, 3.

²⁴ Etxebarria Estankona 2018, 389.

²⁵ HEIM refiere que el acceso a la justicia debe ir más allá de los procesos y los resultados pues es un derecho humano. Heim 2010, 111-113.

²⁶ Serrano Masip 2018, 410.

²⁷ Encontramos información clara y concisa del REPM en: Gonçalves De Melo Marinho 2013.

título 81 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) que versa sobre la cooperación judicial en materia civil. Este instrumento se configura como complemento de la Directiva OEP y la Directiva de Víctimas²⁸. Pese a la distinción existente entre ambos instrumentos, no se excluye la posibilidad de confusión. Esta duplicidad puede crear una suerte de confusión en los diferentes actores que intervienen en el proceso de emitir y ejecutar una OEP/EPM y también a las víctimas, que deberán estar informadas acerca de las medidas de protección y el proceso de reconocimiento en otros Estados miembros.

La relación entre ambas órdenes de protección no se encuentra definida ni en la Directiva ni en el Reglamento. Es lógico que la Directiva no definiese su relación, al ser previa en el tiempo. No obstante, el Reglamento debió definirla y dejar clara la distinción entre EPM en temas civiles (certificado civil) y OEP en temas penales. La comparación del término “medida de protección” puede darnos respuesta a la pregunta sobre cuál es la distinción entre ambas órdenes. En el caso de la OEP indica que es “*una resolución en materia penal, adoptada en el Estado de emisión con arreglo a su legislación y procedimientos nacionales*” (artículo 2.2 Directiva OEP). En cambio, el EPM hace referencia a “*cualquier decisión, cualquiera que sea su denominación, dictada por la autoridad de expedición del Estado miembro de origen, de conformidad con su Derecho nacional*” (artículo 3.1 Reglamento EPM). Mientras la Directiva OEP cubre las medidas de protección en materia penal, el Reglamento EPM cubre cualquier otra decisión²⁹. Y, al igual que la Directiva OEP, el Reglamento EPM no impone a los Estados miembros la obligación de modificar sus sistemas nacionales³⁰. En opinión de VERVAELE, esto es consecuencia lógica del sistema comunitario europeo³¹.

MARTÍNEZ GARCÍA tilda de estrambótico el hecho de que se regulase este instrumento civil siendo que la propia Directiva de Víctimas es, mayoritariamente, penal y contiene una expresa mención a las víctimas de violencia de género. Además, “la naturaleza de los derechos (fundamentales) que hay detrás de los bienes jurídicos objeto de limitación a través de las restricciones que permiten estos instrumentos y los derechos (fundamentales) que a

²⁸ Blanco-Morales Limones 2014, 12.

²⁹ Klimek 2017, 183.

³⁰ El considerando (12) tiene en cuenta las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros y no afecta a los sistemas nacionales aplicables para dictar las diversas medidas de protección.

³¹ Los Estados miembros son libres para establecer las sanciones en vía civil, administrativa o penal de acuerdo con su tradición jurídica. El legislador comunitario únicamente se centra en la instauración y puesta en funcionamiento de los sistemas de tutela dentro de los distintos Estados miembros, que únicamente deberán presentar resultados. Vervaele 2009, 135.

través de las mismas se pretenden proteger (integridad física, moral, libertad deambulatoria)” muestra su carácter penal. Por último, resultó “obvio comprobar que la protección de la mujer no podía ser el hilo conductor de este pulso de poderes”, que se tuvo que generalizar a todo tipo de víctimas de delito violento. Todo ello, apunta la autora, ha llevado a errores conceptuales asociados a la falta de interés “público” respecto de los temas de desigualdad de género. Con la creación del Reglamento EPM se ha asociado la protección del género (mujer) a la familia (protección civil)³². VAN DER AA y OUWERKERK también estiman que habría sido más certero si la Directiva OEP no se hubiese referido simplemente a los supuestos del artículo 82.1.a) y d) TFUE y el Reglamento EPM a los del artículo 81 TFUE. Siendo que un instrumento se refiere únicamente a materia penal y el otro a materia civil y administrativa la pregunta sobre qué debe entenderse por “resolución en materia penal” (artículo 2 Directiva OEP) y “cualquier decisión, cualquiera que sea su denominación” (artículo 3 Reglamento EPM) dependerá solo de qué restrictivo o qué amplio quiera interpretar el término la autoridad competente³³.

El artículo 6 Directiva OEP define lo que algunos autores han considerado una situación estática. Cabrá dictar una OEP cuando la persona protegida “decida residir o resida” o “decida permanecer o permanezca” en un EM diferente —Estado de ejecución o receptor— a aquél que dictó las medidas de protección —Estado de emisión—. En cambio, el Reglamento EPM nos muestra una situación más dinámica donde podría estar pensando en una persona que cruza la frontera todos los días para ir a trabajar³⁴. El apartado segundo de este artículo nos indica que la autoridad del Estado de emisión solo podrá dictar una OEP a instancia de la persona protegida, previa comprobación que cumple los requisitos del artículo 5 Directiva OEP (la preexistencia de una OP nacional en el Estado de emisión). Pero que la única persona legitimada para solicitar una OEP sea la persona protegida contradice nuestro derecho procesal penal. En España, el MF (Ministerio fiscal), como encargado de garantizar el orden público, puede, y debe, solicitar de oficio la adopción de medidas de protección para las víctimas si considera que existe riesgo.

Debido a que la víctima cambia de país, la Directiva OEP y el Reglamento EPM han decidido que debe ser la víctima aquella que decida si quiere si-

³² Martínez García 2015, 42-43.

³³ Van Der Aa y Ouwerkerk, 2011, 280-281.

³⁴ Entre otros, Van Der Aa et al, 219.

tuarse en el mapa a cambio de protección de las autoridades estatales en su país de destino o si, por el contrario, prefiere “perdersé” por Europa e iniciar una nueva vida sin decir nada a nadie. Esta idea romántica del anonimato a día de hoy deviene en utopía. El uso masivo de las TICs (Tecnologías de la Información y la Comunicación) hace que desaparecer sea prácticamente imposible. Un satélite puede indicar en cada momento donde nos encontramos. Además, plataformas digitales como *Facebook* o *Instagram* hacen que la información se viralice y podamos tener noticia de hechos que están pasando en la otra punta del mundo. Moverse por Europa es mucho más sencillo que hace unos años: existen aerolíneas *lowcost* que nos permiten aparecer en la otra punta del continente por muy poco dinero y el ELSJ ha suspendido gradualmente las fronteras interiores. Por otro lado, las noticias nos saturan con incumplimientos de órdenes de protección, e incluso es posible que algunas de las personas que deban solicitar una OEP o un certificado hayan sido víctimas de un quebrantamiento de la OP nacional que previamente tenían. Las medidas de protección, salvo casos de riesgo alto donde se hace uso de medios telemáticos, son un papel donde se indica que la persona causante del riesgo no puede acercarse o comunicar con la víctima. El miedo al castigo del victimario deberá ser aquello que haga que cese en su empeño. Pero si ese miedo no existe, la medida de protección no será efectiva.

El artículo 9 Directiva OEP hace referencia a qué pasa una vez la OEP ha sido transmitida. La autoridad competente del Estado de ejecución deberá reconocer sin demora³⁵ indebida la orden y adoptar una resolución en la que “*se dicte cualquiera de las medidas previstas en su derecho nacional para un caso análogo*” que sirvan para proteger a la persona que solicita dicha protección salvo que el competente para ejecutar decida invocar alguno de los motivos de denegación del reconocimiento del artículo 10 Directiva OEP. Además, en el último inciso de dicho artículo, indica que el Estado de ejecución podrá aplicar medidas penales, administrativas o civiles de acuerdo con su derecho nacional. Resulta algo paradójico que la naturaleza civil o penal de las medidas de protección fuese tan importante para legislar al amparo de los artículos 81 y 82 TFUE y que, sin embargo, no lo sea cuando se trata de ejecutar una OEP o un certificado civil. Del mismo modo, llama la atención el hecho de que fuese tan complicado el consenso para la

³⁵ El artículo 12 del borrador de la Directiva indicaba que la OEP debía ser ejecutada en un máximo de 20 días. Este lapso de tiempo no fue aceptado por el PE, que indicó debería ser reconocido como si de una OP nacional en un caso similar se tratase. Van Der Aa y Ouwerkerk, 2011, 282-283.

regulación de las medidas en cuanto al Estado de emisión, que deben ser estrictamente “civiles” o “penales” olvidando que existen países en los que las medidas son de naturaleza mixta³⁶ pero que, sin embargo, a la hora de regular las medidas aplicables en el Estado receptor sirvan civiles, penales e incluso administrativas. En este sentido, compartimos con VAN DER AA que la distinción entre órdenes de protección nacionales no es como el legislador europeo sugiere. No todo es blanco o negro, existen órdenes de protección penales, civiles, administrativas, casi criminales, penales con medidas civiles, etc³⁷.

Tomar consciencia de esta realidad hace todavía más importante el hecho de que la legislación de ambos instrumentos se hubiese realizado en un único instrumento. Es por ello que la justificación última de la existencia de dos instrumentos diferenciados debe cifrarse en la distinta naturaleza de las medidas de protección previstas en los diferentes Estados miembros que requirieron de distinta base jurídica para la creación de ambas normas³⁸. En este sentido, BURCHARD se cuestiona si son tan diferentes las medidas de protección penal y civil como para justificar un tratamiento diferenciado en los procedimientos de reconocimiento mutuo. Continúa el autor refiriendo que la clasificación y diferenciación de los conceptos penal, civil y administrativo resultan mucho menos doctrinales de lo que podríamos pensar a simple vista³⁹.

En las negociaciones, así como en el pulso llevado a cabo entre la Comisión y la alianza Consejo-Parlamento se perdió de vista lo realmente importante: la protección de las víctimas. La promulgación de dos instrumentos (penal y civil) para un mismo supuesto, así como un articulado muy similar no hace sino reforzar la tesis de que en el fondo subyacía un asunto político⁴⁰, y de poder. El duelo de titanes se resolvió delegando en dos instrumentos aparentemente distintos, pero materialmente similares. En ambos se hace referencia a las tres mismas medidas, y en ambos se indica que el país de origen deberá reconocerlas con independencia de la naturaleza de

³⁶ Por ejemplo, la OP española regula las tres medidas que encontramos en la Directiva OEP como medidas penales. Pero no son estas las únicas medidas que contempla una OP española. La misma orden contiene medidas civiles y es título ejecutivo para la solicitud de medidas sociales.

³⁷ Van Der Aa et al, 221.

³⁸ Etxebarria Estankona 2019, 110-111.

³⁹ Burchard 2015, 179.

⁴⁰ A favor: “As demonstrated, the rules are not very convincing as to their substance. Already, the general approach to split-up-functionally one and the same matter to two different EU instruments—a Regulation and a Directive—has to be criticized and can probably only be explained politically”. Dutta 2016, 184.

sus medidas. Habría sido más conveniente que ambos instrumentos estuviesen regulados en un mismo instrumento, por coherencia legislativa y por seguridad y simplicidad para las víctimas. No obstante, hay que reconocer tanto a la alianza Consejo-Parlamento como a la Comisión que, en la regulación de cada uno de los instrumentos que les había permitido su parcela de poder —los artículos 81 y 82 TFUE respectivamente—, fueron conscientes de las diferencias históricas y legislativas entre los diferentes Estados miembros e indicaron que el fin último tanto de la Directiva OEP como del Reglamento EPM era y es la protección de las víctimas que deciden migrar o viajar a diferentes países de la UE. Y es este el único modo de explicar, por un lado, la rigidez existente en cuanto a la naturaleza jurídica de la medida de protección en el Estado de emisión y, en cambio, la flexibilidad que encontramos a la hora de regular las medidas de protección que pueden ser utilizadas para el reconocimiento mutuo.

IV. LA POSIBLE COLISIÓN CON INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE CARÁCTER PENAL: LAS DECISIONES MARCO DE LIBERTAD VIGILADA Y DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL

El artículo 20 Directiva OEP hace referencia a la relación con otros instrumentos. En su apartado primero indica que la Directiva no afectará al Reglamento (CE) 44/2001⁴¹ —actualmente derogado por el Reglamento 1215/2015—, ni al Reglamento CE 2201/2003, ni a los Convenios de la Haya de 1996 y 1980 respectivamente. Mientras que en el primer apartado del artículo nos estamos refiriendo a instrumentos civiles, el segundo apartado hace referencia a dos Decisiones Marco: la Decisión marco 2008/947/JAI de libertad vigilada y la Decisión marco 2009/829/JAI de medidas alternativas a la prisión provisional. Previo al estudio de las Decisiones Marco, conviene recordar que el nombre de ambas no se corresponde con el sentido que tiene en la legislación interna⁴².

Las Decisiones Marco son de carácter penal y tienen zonas grises en las que resulta dudoso si hacer uso de una OEP o de una de las me-

⁴¹ Este Reglamento inició “el camino que expuso el Consejo en el Programa de 2000, de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que como etapa final contempla la supresión general del exequátur”. González Cano 2003, 9.

⁴² Sanz Álvarez 2019, 85.

didadas recogidas en éstas. Refiere EPOGENDER II que, en determinados supuestos, no resulta claro cuándo será más apropiado hacer uso de la Directiva OEP para proteger a las víctimas y cuando lo será hacer uso de las Decisiones Marco⁴³. Con carácter general, haremos uso de la Directiva OEP cuando la víctima se desplace y de las Decisiones Marco cuando sea el victimario el que vaya a desplazarse. En caso de haberse desplazado la víctima y más tarde el victimario, se suspenderá la OEP para aplicar una de las dos Decisiones Marco. También cabe que, tras el quebrantamiento de una OEP, se opte por hacer uso de las Decisiones Marco pues, como nos indica SANZ ÁLVAREZ, estos tres instrumentos coinciden en el ámbito de la protección de víctimas, pero se refieren a distintas fases procesales y distintos requisitos⁴⁴.

El considerando (24)⁴⁵ indica que la Directiva OEP es una directiva de víctimas, que se activa conforme se mueve o desplaza la víctima⁴⁶. Esto significa que no se va a hacer transferencia al Estado de ejecución de las competencias sobre las penas ni medidas de seguridad impuestas al causante del peligro. Es una directiva para la protección de víctimas, que aplicaremos cuando sea la víctima quién se desplaza. Es una llamada de atención al agresor, para indicarle que va a tener restringido su derecho a la libre circulación en un punto concreto de Europa a donde la víctima ha decidido desplazarse. En caso de que sea el agresor el que se desplace, no vamos a hacer uso de este instrumento, utilizaremos la Decisión marco de

⁴³ Scherrer et al 2017, 19.

⁴⁴ Sanz Álvarez 2019, 85.

⁴⁵ En este mismo sentido, el legislador español, consciente de la posible colisión frontal de los tres instrumentos de reconocimiento mutuo, en los artículos 131.2 in fine y 132 LRMRP establece las normas para determinar el órgano competente para conocer y ejecutar dichas medidas de reconocimiento mutuo.

⁴⁶ Encontramos un ejemplo de lo intrincado que puede ser la delimitación del ámbito de aplicación de estos instrumentos y la Directiva OEP: “This was the case of a judicial resolution adopted by Court for Violence against Women in Spain in 2016, where a victim of gender violence, the former spouse of the aggressor, regarding whom criminal protection measures had already been adopted, requested an EPO. The judge, knowing that both the protected person and the aggressor were to travel to Germany to spend the Christmas holidays, decided to issue a decision imposing the same three protection measures, but based on supervision measures as alternative measures to provisional detention instead of an EPO. Therefore, one of the objectives of the Directive on the EPO is to allow these protection measures to be recognized and executed in a third State to which the victim moves or has moved, i.e. neither the State where the criminal proceedings were held, nor the State where the accused or convicted person finds him or herself (the State of supervision). In such cases, the protection order exclusively focuses on the victim and only indirectly concerns the offender, except when there is a breach of the protection measures imposed to the aggressor”. Scherrer et al 2017, 30.

libertad vigilada o la Decisión marco de medidas alternativas a la prisión provisional.

1. MISMO OBJETIVO, DIVERSAS PERSPECTIVAS

Señala ARANGÜENA FANEGO que, aunque estas medidas puedan tener contenido idéntico, la perspectiva es diversa. Las resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión o sobre libertad vigilada están enfocadas en el imputado o condenado y la medida que se adopta, y a la que se le otorga eficacia transnacional, “se traslada con él” tutelando de manera inmediata los fines del proceso —posibilitar su disponibilidad— pero también los del propio procesado o condenado —por medio de esta medida elude la prisión—. Estos instrumentos también tutelan a la víctima, aunque de manera mediata, porque al vigilar al victimario se protege a ésta. En cambio, en la OEP, la perspectiva es diametralmente opuesta pues se proyecta directa e inmediatamente sobre la víctima, a la que “se acompaña y protege” cuando se trasladada a otro Estado⁴⁷. La clave está en que mientras la Directiva OEP pone el acento en el lugar de residencia de la víctima, el *leitmotiv* de las Decisiones Marco es el lugar de residencia del investigado o condenado⁴⁸.

Por lo que respecta a la principal diferencia entre ambas Decisiones Marco estriba en que la DM de libertad vigilada es una medida que se decreta a través de una resolución judicial firme en la que se impone una sanción penal tal y como queda recogido en los artículos 93 y ss LRMRP (Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales). En cambio, la DM de medidas alternativas a la prisión provisional refiere medidas cautelares cuyos objetivos, de acuerdo con el artículo 109.2 LRMRP, son garantizar la debida acción de la justicia, especialmente la comparecencia en juicio del sujeto procesado, mejorar la protección de las víctimas, la seguridad ciudadana y promover la adopción de resoluciones de libertad provisional para imputados que no son residentes del EM donde se sigue el proceso en su contra⁴⁹.

Dado que las tres normas confluyen⁵⁰, de alguna manera, en el objetivo común (mediato e inmediato) de proteger a la víctima del delito⁵¹, su mutua conexión exige comprobar si en la LRMRP se ha llevado a cabo una transposición concorde a tales instrumentos. Sin duda, este objetivo viene

⁴⁷ Arangüena Fanego 2015, 498.

⁴⁸ Martínez García 2019, 143.

⁴⁹ Vegas Aguilar 2017, 144.

⁵⁰ A propósito de la convergencia, puede leerse: Van Der Aa y Ouwerkerk 2011, 273-278.

⁵¹ Así lo indica la propia LRMRP en su artículo 109.2.

facilitado por la novedosa técnica legislativa empleada por la LRM RP que, dejando de lado la habitual dispersión en la transposición de legislación europea, ha apostado por un único texto para garantizar la mejor y concordada transposición de instrumentos diversos y así reducir la complejidad y facilitar su empleo a los operadores jurídicos. Constata ARANGÜENA FANEGO, una vez más, el tradicional error en que suele incurrir el legislador español en la transposición de normas europeas: su excesivo apego a la literalidad⁵² de las normas que incorpora ignorando a veces que incorporar no es traducir⁵³ y olvidando que, por más que transponga una legislación europea, se trata de una norma española que debe ser aplicada por jueces, fiscales, letrados de la administración de justicia, abogados y oficinas de víctimas españolas, razón por la cual hubiera sido deseable una mayor precisión desde el punto de vista procesal, indicando en cada momento “quién, cómo y mediante qué tipo de resolución se debe actuar”⁵⁴.

A. La Decisión Marco 2008/947/JAI de libertad vigilada

La Decisión marco 2008/947/JAI⁵⁵ sobre resoluciones de libertad vigilada, apuesta por una mejor reinserción social en el país de origen y permite el traslado al Estado miembro de residencia habitual de las personas condenadas a las que se ha concedido la libertad vigilada o se les ha impuesto pena sustitutiva en un Estado miembro distinto del suyo, de manera que el Estado miembro de residencia habitual del condenado supervisará el cumplimiento de la condena que fue impuesta por otro Estado miembro.

La Decisión marco 2008/947 recoge dos medidas que coinciden con las recogidas en el artículo 5 Directiva OEP. En concreto, 1) la obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas y 2) la obligación de evitar todo el contacto con personas específicas en su artículo

⁵² A pesar de la literalidad que se desprende de la transposición de la Directiva 2011/99/UE, Arangüena Fanego achaca al legislador “algunos errores imperdonables detectados bien en el propio texto de la LRM RP (v. gr. Omisión de varios apartados en el certificado del Anexo VIII) bien en la complementaria Ley Orgánica 6/2014 (falta de reflejo en la LOPJ de las nuevas competencias de los órganos colegiados que se indican en la LRM RP que hubieran exigido una inmediata corrección de errores)”. Arangüena Fanego 2015, 535.

⁵³ Esta misma idea queda reflejada en: Blanco-Morales Limones 2014, 4-5.

⁵⁴ Arangüena Fanego 2015, 498-499.

⁵⁵ Aunque excede del objeto de estudio de este trabajo, ofrece una visión panorámica de este instrumento. Esta obra se encuentra dividida en tres partes. En la primera parte hace referencia a 26 legislaciones nacionales. La parte segunda refiere la implementación práctica del instrumento. Por último, una parte tercera se refiere a recomendaciones para la mejora de éste: Flore et al 2012.

4.1 b) y f). Por lo que respecta a la legislación española, este instrumento está implementado en el Título IV LRMRP, artículos 93 y ss. Su ámbito de aplicación queda establecido en los artículos 93 y 94 LRMRP que, aunque “habla de libertad vigilada, poco o nada tiene que ver con la libertad vigilada prevista en nuestra legislación”⁵⁶.

Las sentencias cuyo régimen de reconocimiento y ejecución queda regulado en el Título IV “Resolución de libertad vigilada” son resoluciones firmes dictadas por la autoridad competente de un Estado miembro siempre y cuando en su cumplimiento se acuerde una de las siguientes situaciones (artículo 93):

1. La libertad condicional
2. La suspensión de condena, total o parcial, que imponga una o varias medidas que puedan comprenderse bien en la propia sentencia, bien en una resolución independiente
3. La sustitución de una pena por otra que imponga 1) la privación de un derecho, 2) una obligación o 3) una prohibición que no constituya ni pena ni medida privativa de libertad ni sanción pecuniaria
4. De acuerdo con el Derecho del Estado de emisión, una medida de libertad vigilada tras una condena condicional

Las posibles medidas de libertad vigilada para las situaciones previamente descritas las encontramos en el artículo 94 del mismo cuerpo legal:

1. La obligación de la persona condenada de comunicar su cambio de domicilio o de lugar de trabajo
2. La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas
3. La imposición de limitaciones respecto de la salida del territorio
4. Requerimientos relativos a la conducta, residencia, educación, formación, etc.
5. Obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica
6. Prohibición de contacto con determinadas personas o con los objetos utilizados para la realización del hecho delictivo
7. Reparación económica del daño
8. Realización de trabajos en beneficio de la comunidad
9. Asistencia a tratamiento terapéutico o de deshabituación

⁵⁶ Sanz Álvarez 2019, 87-88.

Éstas pueden haber sido impuestas con carácter principal en la sentencia, sin necesidad a que respondan a la sustitución de otras penas impuestas. Observamos que las medidas coinciden con las previstas en el artículo 48 CP (que se pueden imponer en sentencia) y las previstas en el artículo 93 CP (que contempla medidas en casos de suspensión de condena). Será requisito para la transmisión de estas medidas una previa resolución judicial firme que las imponga. Esta resolución podrá ser una sentencia o un auto posterior en el que se impongan como medidas en los casos de sustitución de pena o suspensión de condena. Hay que tener en cuenta que, en el caso de que para la suspensión se supedite el pago de la indemnización a la víctima, la obligación de pago también será transmisible de acuerdo con el artículo 94.h. En cambio, no es transmisible por medio de este instrumento una resolución de impago, regulada en el Título IX “Resoluciones por las que se imponen sanciones pecuniarias” de la misma LRMRP⁵⁷.

La emisión de un formulario para transmitir a otra autoridad del Estado miembro receptor debe acordarse por el órgano judicial encargado de la ejecución de la sentencia firme de acuerdo con los requisitos especificados en el artículo 96 LRMRP. La transmisión se realizará al Estado miembro donde el condenado tenga su residencia habitual, siempre y cuando haya manifestado su voluntad de trasladarse a dicho Estado. También se podrá transmitir a un tercer EM si el condenado ha manifestado su voluntad de trasladarse y el Estado miembro lo autoriza. Para la transmisión hay que enviar, junto al formulario, la sentencia y, en su caso, la resolución de libertad vigilada cuya ejecución se solicita a la autoridad judicial del EM que va a ejecutar la medida.

A diferencia de la Directiva OEP, que reconoce como causa de denegación en su artículo 10.1 c) el hecho de que la medida de protección sea un hecho que no constituya infracción penal en el Estado miembro de ejecución, la Decisión marco 2008/947/JAI contiene dentro del catálogo de delitos excluidos de doble tipificación las lesiones graves y el homicidio doloso (artículo 20 LRMRP). Compartimos con SANZ ÁLVAREZ que en los casos tipificados como violencia de género en nuestra legislación que no constituyen lesiones graves (amenazas, malos tratos continuados, etc.) pueden darse problemas en el reconocimiento⁵⁸.

No obstante, usando este instrumento resultará más sencillo el reconocimiento mutuo porque además se da la circunstancia de que el control de doble incriminación requerido para la Directiva OEP, de acuerdo con el

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Ibidem, pág. 93.

artículo 20.3 LRMRP, es obligatorio y, en cambio, para la Decisión marco es facultativo.

B. La Decisión Marco 2009/829/JAI de medidas alternativas a la prisión provisional

La Decisión marco 2009/829/JAI relativa a resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional, también conocida como “orden europea de vigilancia”, está pensada para posibilitar que las personas que estén pendientes de juicio en un Estado miembro distinto puedan regresar al EM de su residencia habitual, sujetos a una medida de vigilancia alternativa a la prisión provisional.

Esta orden europea de vigilancia permite supervisar a las autoridades competentes de un Estado miembro las resoluciones adoptadas en un proceso penal celebrado en otro Estado miembro por las que se imponga a una persona física una o más medidas de vigilancia de la libertad provisional. Siendo, por tanto, su ámbito de aplicación y competencial la fase de instrucción en los casos de adopción de medidas cautelares de protección de la víctima.

En cuanto a las medidas que coinciden con las recogidas en el artículo 5 Directiva OEP, la Decisión marco 2009/829/JAI recoge 1) la obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas y 2) la prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos en su artículo 8.1 b) y f).

El artículo 110 LRMRP especifica en once apartados las medidas de vigilancia susceptibles de transmisión a otro EM. Entre ellas, hemos seleccionado las que se aplican a la protección de la víctima:

1. Comunicar el cambio de domicilio a la autoridad competente del Estado de ejecución
2. Prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas en el Estado de emisión o de ejecución
3. Obligación de permanecer en un lugar determinado un periodo de tiempo determinado
4. Obligación de respetar las limitaciones impuestas respecto de la salida del territorio del Estado de ejecución
5. Obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica
6. Prohibición de acercamiento a determinadas personas

Además, la ley prevé en el artículo 114 LRMRP la posibilidad de que el investigado tenga abiertas varias causas. En ese caso, se exige que cada órgano judicial competente adopte la resolución oportuna y, si alguno decidiese no emitir resolución de orden europea de vigilancia, lo debe comunicar al resto de autoridades para que suspendan su tramitación.

El juez de instrucción, de oficio o a instancia de parte, deberá dictar una resolución en la que acuerde motivadamente la emisión del formulario indicando las razones de protección de la víctima y la necesidad de la medida a la vista de las circunstancias previamente expuestas con el máximo detalle⁵⁹.

Quedan excluidos del control de doble incriminación los delitos contemplados en el artículo 20 LRMRP. Nuevamente, encontramos el problema de que la violencia de género no aparece como causa de exclusión de la doble incriminación. Además, de acuerdo con el apartado tercero de ese mismo artículo, el reconocimiento y ejecución de una OEP es taxativo (no como en la Directiva OEP que resultaba potestativo). En cambio, en la Decisión marco la ausencia de doble incriminación es una causa de denegación facultativa.

2. LA DESIGNACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE

Dependiendo del instrumento que utilicemos el órgano competente será diferente. Dado que estas medidas cautelares pueden afectar a diversos estadios del procedimiento, hemos preferido tratar la designación del órgano competente para la ejecución y emisión de la Directiva OEP y Decisiones marco de manera conjunta en lugar de en compartimentos separados. La Directiva OEP, consciente del posible choque entre los tres instrumentos normativos —un mismo hecho delictivo podría ser fundamento de resoluciones de libertad vigilada, de medidas alternativas a la prisión provisional y de OEPs— indica que los regímenes de las Decisiones marco son incompatibles con el régimen de la Directiva OEP. La ejecución de una OEP quedará sin efecto en el caso de que se haya transmitido posteriormente al Estado de ejecución una resolución de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional de acuerdo con el artículo 14.1.b) Directiva OEP⁶⁰.

⁵⁹ Ibidem, pág. 92.

⁶⁰ Gómez Amigo 2017, 10-11.

La Directiva reguladora de la OEP trata de conciliar los ámbitos reguladores de los tres instrumentos⁶¹ a través de mecanismos de coordinación o exceptuando la aplicación del régimen establecido en la Directiva a favor de los otros dos instrumentos, evitando en todo caso que la ejecución de medidas de protección y supervisión de medidas de vigilancia (o *de probation*) puedan coincidir en un mismo EM. En otras palabras, establece la incompatibilidad de una doble tutela a cargo del Estado destinatario de las medidas. Esto no impide que pudiera adoptarse una OEP para ser reconocida en un EM al que se traslada la víctima con independencia de que ya exista una de vigilancia en el Estado donde el imputado se encuentra —Estado de supervisión—⁶² siempre y cuando éste sea distinto del Estado de emisión y del Estado de ejecución de la OEP. Ambos instrumentos han sido transpuestos al Ordenamiento Jurídico español, igual que la Directiva OEP, por la LRM RP y la LO 6/2014, complementaria de ésta y que modifica la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial).

A. Ejecución

Los órganos competentes para ejecutar las resoluciones de libertad vigilada serán los Juzgados Centrales de lo Penal (artículo 95 LRM RP)⁶³. Para la ejecución de las medidas alternativas a la prisión provisional serán los jueces de instrucción o los de violencia sobre la mujer del lugar donde el imputado decida establecer su residencia (artículo 111 LRM RP)⁶⁴.

⁶¹ Prueba de ello son los artículos 2, 7, 12, 13.1.b), 13.3, 13.4, 14.1.d), 20 y los Considerandos (16) y (33).

⁶² El artículo 2.7 Directiva OEP define el estado de supervisión como “*el Estado miembro al que se haya transmitido una sentencia según la definición del artículo 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, o una resolución sobre medidas de vigilancia según la definición del artículo 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI*”.

⁶³ “*Autoridades judiciales competentes en España para transmitir y ejecutar una resolución de libertad vigilada 1. Son autoridades de emisión de una resolución de libertad vigilada los Jueces o Tribunales que conozcan de la ejecución de la sentencia o resolución de libertad vigilada. 2. Es autoridad competente para reconocer y acordar la ejecución de una resolución de libertad vigilada transmitida por la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea, el Juez Central de lo Penal. Cuando la resolución de libertad vigilada transmitida se refiera a un menor será competente el Juez Central de Menores*”.

⁶⁴ “*Autoridades competentes en España para emitir y ejecutar una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional 1. Son autoridades de emisión de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional los Jueces o Tribunales que hayan dictado la resolución de libertad provisional del imputado en el procedimiento penal. 2. Son autoridades competentes para reconocer y ejecutar una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional los Jueces de Instrucción o los Jueces de Violencia sobre la Mujer del lugar donde el imputado tenga establecida su residencia, respecto a los delitos que sean de su competencia*”.

En cambio, como ya se ha dicho anteriormente, los competentes para la ejecución de las OEPs son los Juzgados de Instrucción o los JVSM donde la víctima reside o tenga intención de hacerlo (artículo 131.1 LRMRP). No obstante, si previamente se transmitió una resolución de libertad vigilada o de medida alternativa a la prisión provisional, mantendrá la competencia el mismo juez que previamente conoció y ejecutó dichas sentencias (artículo 131 *in fine* LRMRP)⁶⁵. Y precisamente esta subsidiariedad que la Directiva OEP propugna con respecto a la libertad vigilada y las medidas alternativas a la prisión provisional, es un punto que VEGAS AGUILAR considera criticable. Las Decisiones marco fijan la competencia en juzgados que se alejan del domicilio de la víctima⁶⁶ y, en el caso de víctimas que no residen en nuestro país, la cercanía entre éstas y el órgano jurisdiccional competente, harán que puedan ejercer su derecho de manera más eficaz e inmediata⁶⁷.

B. Transmisión

En el caso de que sea el juez nacional aquél que transmita la medida, el competente para la emisión siempre será el que conoce del procedimiento y, en el marco de éste, dictó la medida de reconocimiento mutuo. Por lo que respecta al juez que deberá conocer en el Estado de ejecución, nuevamente la Directiva OEP muestra su relación de subsidiariedad con respecto de las otras dos medidas (artículo 132 LRMRP)⁶⁸.

⁶⁵ “Autoridades competentes en España para emitir y recibir una orden europea de protección 1. Son autoridades competentes para emitir y transmitir una orden europea de protección, los Jueces o Tribunales que conozcan del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección. 2. Son autoridades competentes para reconocer y ejecutar la orden europea de protección, los Jueces de Instrucción o los Jueces de Violencia sobre la Mujer del lugar donde la víctima reside o tenga intención de hacerlo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente. No obstante, cuando se hubieran emitido resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional será competente para reconocer y ejecutar la orden europea de protección, el mismo Juez o Tribunal que ya hubiera reconocido y ejecutado aquellas resoluciones”.

⁶⁶ La atribución de la competencia territorial al juzgado del domicilio de la víctima no deviene una solución nueva en nuestro derecho. La LOVG en su artículo 59 incorporó un nuevo artículo 15 bis a la LECrim para establecer que la competencia territorial para el conocimiento de aquellos asuntos que fuesen competencia de los JVSM vendría determinada por el lugar del domicilio de la víctima.

⁶⁷ El autor hace especial énfasis al hecho de que víctima y victimario pueden tener domicilios en partidos judiciales diferentes. Vegas Aguilar 2017, 153.

⁶⁸ “Relación de la orden europea de protección con otras resoluciones de reconocimiento mutuo. Cuando previamente se haya transmitido a otro Estado miembro o se transmita con posterioridad una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional o de libertad vigilada previstas en esta Ley, las medidas de protección de la víctima o posible víctima se adoptarán de acuerdo

V. LA PREVISIBLE INTERACCIÓN CON LA DIRECTIVA 2014/41/CE SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL

Aunque en el momento de suscribir estas líneas no tengo constancia de la interacción de ambos instrumentos en la práctica, considero que, en algún momento, lo harán. El aumento de las relaciones con elemento de extranjería, la reducción del coste y mejora de los medios de transporte, la facilidad de movimiento dentro de la UE y los flujos migratorios por trabajo y/o estudios van a hacer que cada vez sea más tangible y necesario un verdadero derecho europeo. Conforme se comiencen a utilizar ambos instrumentos de un modo más “cotidiano” vemos muy probable que colisionen debido al elemento de extranjería fugaz que muchas veces caracteriza la adopción de una OEP. Además, tal y como están regulados ambos instrumentos en la LRMRP, su interacción no plantea mayores problemas que los asociados a la comunicación entre distintos Estados miembros con diferentes sensibilidades e historias legislativas. La LRMRP ha constituido un texto normativo que responde a la experiencia y dificultades prácticas en la cooperación judicial y la aplicación del reconocimiento mutuo⁶⁹, facilitando así la utilización de los instrumentos en ella regulados.

1. DEFINICIÓN DE ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

Si acudimos al artículo 1.1 de la Directiva sobre la OEI (Orden Europea de Investigación) podemos definir la OEI⁷⁰ como “*una resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro («el Estado de emisión») para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro («el Estado de ejecución») con vistas a obtener pruebas*”⁷¹. Por lo que respecta a la transposición al OJ español⁷², de acuer-

con las normas que regulan esas resoluciones y por la autoridad competente para adoptar estas resoluciones, *sin perjuicio de que pueda transmitirse a otro Estado miembro distinto una orden europea de protección*”.

⁶⁹ Tinoco Pastrana 2018, 117.

⁷⁰ Debido a cuestiones de espacio, no podemos excedernos en la explicación del instrumento de la OEI. Para más información sobre este instrumento puede leerse: Martínez García 2016; Klimek 2017, 421-460.

⁷¹ Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

⁷² Transposición que, como en la mayoría de Estados miembros, llegó tarde: “el peor de los escenarios posibles se ha materializado y la fecha marcada ha sido desatendida por la mayor parte de los Estados miembros. Poco ha pesado el hecho de que el incumplimiento de la obligación

do con el artículo 186.1 LRMRP “*la orden europea de investigación es una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal*”. Observamos que, al igual que sucede con la OEP, la OEI no define qué debe entenderse por “medida de investigación”. Durante las negociaciones del instrumento la Comisión propuso que se diera una definición de “medida de investigación”, pero no prosperó⁷³.

La inexistente concepción común acerca del principio de proporcionalidad en materia de diligencias de investigación a nivel europeo hace que la OEI tenga que optar por flexibilizar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. No en vano, el “test de proporcionalidad” provocó un intenso debate por la dificultad de armonización del concepto a nivel UE⁷⁴. Refiere BACHMAIER WINTER que es éste un “instrumento híbrido formalmente basado en el principio de reconocimiento mutuo, pero intrínsecamente análogo a los instrumentos de asistencia judicial mutua. O quizá a la inversa”. Al tener que incluirse motivos de denegación y excepciones a la ejecución de la OEI, se desdibujaron las diferencias entre los instrumentos basados en el reconocimiento mutuo y los de cooperación propios de la asistencia judicial mutua. Pero la autora hace una lectura optimista de este fenómeno al indicar que “unos podrán afirmar que la EIO representa el fracaso del reconocimiento mutuo, mientras que otros podrán interpretarlo como la victoria del pragmatismo y un avance más hacia un espacio judicial europeo. Lo que resulta claro, es que este texto refleja que, en ausencia de una mayor armonización legislativa entre los diferentes estados miembros, no puede exigirse una confianza mutua en materias tan sensibles⁷⁵ como las de acordar escuchas telefónicas o practicar una entrada y registro domiciliario”⁷⁶.

de transposición en plazo pueda dar lugar a un procedimiento de infracción ante el TJUE dirigido a que el Estado incumplidor acate y aplique adecuadamente el derecho UE y lo haga más rápidamente posible, incluyendo el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva por día de retraso impuesta por el TJUE dentro del límite del importe indicado por la Comisión, institución legitimada activamente para iniciar el procedimiento”. Arangüena Fanego 2015, 914.

⁷³ Rodríguez-Medel Nieto 2016, 308.

⁷⁴ Tinoco Pastrana 2018, 123.

⁷⁵ A propósito de la prueba transfronteriza puede leerse: Martínez García 2016, 13-50.

⁷⁶ Bachmaier Winter 2011, 12-13.

2. A MODO DE EJEMPLO: UN POSIBLE CASO PRÁCTICO

Pongamos por ejemplo una pareja de franceses que reside en España. Tras una situación de violencia de género grave, ella decide regresar a Francia a casa de sus padres y él, en cambio, opta por permanecer en España. Lo óptimo sería que mediante un juicio rápido ella tuviera a disposición su medida de protección transnacional antes de abandonar el país⁷⁷. Pero no siempre se da esta situación. Si por diversos motivos no pudo celebrarse el juicio rápido y el proceso se vio convertido en un abreviado, o si directamente no es aplicable el cauce del juicio rápido por el tipo de delito, cabe la posibilidad que el día de la vista la víctima ya no se encuentre en el país.

Este elemento de extranjería fugaz puede darse también en los testigos. Cabe imaginar que la situación suceda cuando unos familiares o amigos van a visitarlos. Estos testigos de los hechos van a abandonar el país, pero su declaración es clave para considerar la necesidad de adopción de una OEP. De la valoración que extraiga el juez/a del riesgo que tiene la mujer en Francia dependerá que le otorgue, o no, esta medida de protección. Si, por ejemplo, los testigos refieren que su (ex) pareja viaja a Francia un par de veces al mes por motivos laborales el riesgo es mayor que si ella fuera de nacionalidad francesa y él de nacionalidad española. Estas son solo dos de las múltiples hipótesis que pueden darse para requerir de ambos instrumentos en la práctica siendo que, por ejemplo, el hecho de tener hijos comunes puede incrementar también el riesgo pues existe un elemento que les une pese a haber finalizado la relación.

3. ÓRGANO COMPETENTE Y REQUISITOS PARA LA EMISIÓN

De acuerdo con el artículo 187.1 las autoridades competentes para la emisión de una OEI son *“los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento”*. El órgano competente designado por la OEI no plantea problemas con respecto del órgano competente para la emisión de una OEP. De acuerdo con el artículo 131 LRMRP, por norma general, emitirán y transmitirán las OEPs aquellos jueces o tribunales que conozcan del procedimiento. Por tanto, en el supuesto práctico que hemos planteado el juez/a competente tanto para emitir la OEI como la OEP será el juez de instrucción o de vio-

⁷⁷ En el mismo sentido: Peralta Gutiérrez 2019, 61-74.

lencia sobre la mujer dependiendo de si existe, o no, juzgado específico o si es un juzgado de lo penal el que tiene las competencias atribuidas. Del mismo modo, finalizada la instrucción, cabría la posibilidad de que fuese el juzgado de lo penal o la audiencia provincial quien considerase necesaria la adopción de una OEP y, para ello, una OEI.

El artículo 189.1.a LRMRP nos indica que la emisión de una OEI debe ser necesaria y proporcionada a los fines para los que se está solicitando, teniendo siempre presentes los derechos del investigado o encausado⁷⁸. Aunque es más probable que este artículo se esté refiriendo a medidas restrictivas de derechos como pueden ser la intervención de las comunicaciones o la información de cuentas bancarias, en todo caso la autoridad española deberá ponderar la necesidad y los fines a la hora de solicitar una OEI. El apartado segundo de este mismo artículo consideramos si puede resultar de aplicación para la emisión de una OEP. En el caso de que la autoridad española competente requiera de un plazo más corto que el que, con carácter general, se prevé para la ejecución de la medida de investigación puede razonarlo en la solicitud. Así, siguiendo con el ejemplo, en el caso de que la mujer sea considerada como víctima de alto riesgo y se haya vuelto a Francia sin ningún tipo de protección, la solicitud de un plazo más corto está más que justificada por las consecuencias negativas para la víctima que podría tener no protegerla a tiempo.

Por su parte, el artículo 197.1 es el que nos habilita a hacer uso de la OEI para citar, siguiendo con el ejemplo, a los familiares franceses que vinieron a visitar a la pareja y fueron testigos de la agresión. Cuando la autoridad española que *“esté conociendo de un proceso penal en España considere necesario oír al investigado o encausado o a un testigo o perito que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, emitirá una orden europea de investigación para que dicha declaración se realice por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual”*. Por último, al igual que sucede con la OEP, la solicitud de OEI⁷⁹ se transmitirá de acuerdo con el formulario multilingüe que encontramos en el Anexo XII y que, en todo caso, debe contener los extremos recogidos en el artículo 188 LRMRP.

⁷⁸ Esta transposición resulta coherente con los fines de la directiva que “cuida especialmente (...) en esta fase de emisión la observación por parte de la autoridad judicial o fiscal, por un lado, de los principios de necesidad y proporcionalidad a los fines del proceso y, de otro, de garantizar el respeto y preservación de los derechos del imputado o acusado (art. 6)”. Díaz Pita 2014, 221.

⁷⁹ Para más información a propósito de la obtención, cesión y tratamiento de datos personales mediante la OEI puede leerse: González Cano 2019, 145-146.

VI. LA NECESIDAD DE ESTUDIAR LA DIRECTIVA 2011/99/UE, SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN, EN RELACIÓN CON LA DIRECTIVA 2012/29/UE DE VÍCTIMAS

En los últimos años se está tratando de recuperar el papel de las víctimas en el sistema penal como sujeto de derechos, como lo es el imputado. No se trata de contraponer los derechos de la víctima a los del delincuente, de volver a una concepción privada del derecho penal. Se trata de buscar, y encontrar, una armonía en la justicia penal⁸⁰. Un equilibrio entre la protección de los intereses de la sociedad en general —*el ius puniendi estatal*—, los derechos del procesado y la (re)visibilización de las víctimas en el proceso. La obligación de proteger a las víctimas de delitos también ha sido apuntada por el legislador europeo mediante la Decisión Marco del Consejo UE de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, y antecedente “lejano” de nuestro actual estatuto de la víctima. Esta decisión ha sido sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012. La Directiva de víctimas⁸¹ supuso una iniciativa pionera en la UE. Y con su incorporación a España con el nuevo Estatuto de víctimas del delito nuestro legislador, en consonancia con la normativa comunitaria, pretende dar una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino también de carácter social, a las víctimas. Esta respuesta va más allá de la reparación de los daños y perjuicios en el marco del proceso penal, persigue también la minimización de cualquier efecto traumático que pueda llegar a padecer la víctima como consecuencia del delito sufrido y con independencia de cuál sea su situación procesal⁸².

La Directiva 2012/29/UE tiene como objetivos principales garantizar que las víctimas⁸³ de delitos reciban la información, el apoyo y la protección adecuados y que puedan participar en procesos penales en aquel país de la UE en el que se les produjo el daño. Establece así una serie de normas con carácter de mínimos para todas las víctimas de delito con independencia

⁸⁰ “Si antes afirmábamos que la nueva realidad del derecho penal debía buscar el equilibrio entre su función protectora de derechos y el respeto de los derechos fundamentales del reo, la aprobación del EVD conlleva la primera puesta en práctica de dicho equilibrio, de forma que se busca la creación de un espacio de interacción entre Estado, acusado y víctima, en el que, sin mermar los derechos del segundo, se reconozca la tutela de los derechos de la tercera” De Luis, 2019, pág. 163.

⁸¹ Para más información sobre este instrumento puede leerse: Kamber 2017, 202-206.

⁸² García Rodríguez 2015, 50.

⁸³ A propósito de los derechos de las víctimas, VICTIM SUPPORT EUROPE (VSE), Handbook for implementation of legislation and best practice for victims of crime in Europe, Victim Support Europe, Brussels, 2013, disponible en: <http://victimsupport.eu/publications/>

de su nacionalidad o estatuto de residente. Y llama a todos los países de la UE a reconocer a las víctimas de delitos su condición como tales y a que las traten de manera respetuosa, sensible y profesional de acuerdo con las necesidades de éstas y sin que pueda prevalecer discriminación de ningún tipo.

Todos podemos ser víctimas, y el ilícito penal puede sucedernos en nuestro Estado de residencia o en el territorio de otro de los Estados miembros. Con independencia de la situación transfronteriza, todos los ciudadanos de la UE tenemos derecho a gozar de unas normas mínimas que nos ofrezcan unos estándares de protección comunes. Y estos estándares vienen establecidos en la Directiva 2012/29/UE que contiene un auténtico estatuto europeo común de derechos y protección de las víctimas de todo tipo de delitos dentro y fuera del proceso penal⁸⁴. El ELSJ y el ejercicio legítimo del derecho a circular y establecerse libremente en todo el territorio de la UE ha hecho crecer el número de personas que, habiendo padecido victimización en un Estado miembro y habiendo obtenido la oportuna protección, quieren o tienen que trasladarse a otro Estado miembro, donde necesitan seguir siendo protegidas⁸⁵. Apunta VIDAL FERNÁNDEZ que, en la actualidad, aunque numerosos instrumentos normativos tanto europeos como nacionales regulan los derechos y la protección de los diferentes tipos de víctimas en la UE, las normas básicas en la materia son pocas⁸⁶: la Directiva 2012/29/UE, la Directiva 2011/99/UE, el Reglamento (UE) 606/2013 y la Directiva 2004/89/CE (Directiva sobre indemnización a víctimas de delitos). En palabras de la autora, “dicho panorama es el resultado visible de la batalla institucional librada en defensa del derecho de iniciativa legislativa entre el Consejo y la Comisión, modificado por el Tratado de Lisboa”⁸⁷.

La OEP es un instrumento de cooperación judicial que debe ser estudiado e interpretado conjuntamente con la Directiva de víctimas para poder garantizar de manera completa los derechos procesales de las víctimas en procedimientos criminales. Así, la Directiva OEP establece tres medidas de protección que dan lugar a un marco mínimo estándar de protección. Dado que la protección por medio de la OEP queda únicamente restringida a tres medidas, este defecto debe ser compensado con la implementación conjunta en la práctica de la Directiva OEP y la Directiva de víctimas.

⁸⁴ Esta directiva también se aplica a las víctimas que disponen de un certificado de acuerdo con el EPM.

⁸⁵ Tanto la EPO como el EPM cumplen las expectativas de protección de las víctimas.

⁸⁶ Tres de los cuales son objeto de estudio en este trabajo.

⁸⁷ Vidal Fernández, 2014, 157.

Además, dentro de los procedimientos, el derecho de las víctimas debe ser protegido de una manera más efectiva. Esto incluye tener acceso a servicios de interpretación, elemento esencial en el caso de la OEP pues la víctima se mueve a otro EM. Esta provisión, regulada en la Directiva de Víctimas, puede complementar la Directiva OEP. A este respecto, la Directiva OEP debe ser complementada en materia de gastos con lo establecido en la Directiva de Víctimas, que ofrece a las víctimas el derecho a pedir una traducción, libre de cargos, de aquella información esencial para el ejercicio de sus derechos en procedimientos penales en el caso de que no entiendan o hablen el lenguaje que se está utilizando. Se da la triste situación de que muchos Estados miembros no han establecido medidas específicas o provisiones referidas a las personas más vulnerables. El derecho de estas personas se protege, por tanto, de acuerdo con las previsiones de la Directiva de víctimas, que se refiere explícitamente a menores y personas con discapacidad⁸⁸.

LORENTE ACOSTA refiere que el planteamiento tanto de la Directiva de víctimas como de la Directiva OEP peca de genérico y neutral. Ambos instrumentos, aun reconociendo la existencia de peculiaridades en algunas violencias, cuando desarrollan las iniciativas lo hacen incluyendo medidas dirigidas a todas las formas de violencia y, además, consideran que la situación de todas las víctimas es lo suficientemente similar como para no requerir medidas específicas por razón del delito y del lugar. Pero la realidad no se ajusta al marco conceptual creado por ambas directivas y, aunque la mayoría de la violencia interpersonal tiene un componente instrumental, en la violencia de género también existe un componente estructural. Esto modifica completamente el riesgo. Esta violencia se construye a partir de normas de convivencia y referencias de carácter sociocultural. Y son precisamente estas características las que hacen que los planteamientos generales y neutrales sean insuficientes para garantizar una adecuada protección a las mujeres que la sufren⁸⁹.

VII. REFLEXIONES FINALES

La Directiva OEP no ha tenido el acogimiento práctico que teóricamente se esperaba. En este trabajo se han apuntado posibles problemas que puede traer consigo la emisión de una OEP. Todavía es pronto para aventurarse y

⁸⁸ Scherrer et al 2017, 20-21.

⁸⁹ Lorente Acosta, 2019, 149.

muy probablemente se den más situaciones de complementación, colisión e interacción que las descritas en estas líneas. No obstante, me gustaría aprovechar estas líneas de reflexión para, después de estudiar los diversos instrumentos de reconocimiento mutuo que tienen como objetivo (mediato o inmediato) proteger a la víctima, indicar que: 1) los Estados vieron una necesidad de protección transnacional, pero fallaron en su implementación. Las diferencias histórico-legislativas complicaron sobremanera lo que debió ser un instrumento sencillo y de fácil aplicación. 2) Además, no se ha dado la publicidad necesaria al instrumento. Los operadores jurídicos desconocen los instrumentos de reconocimiento mutuo de protección de víctimas. Los jueces no tienen conciencia de jueces europeos y esto puede hacer que sean reacios a aplicar instrumentos de reconocimiento mutuo. Son necesarias unas mayores dosis de confianza entre Estados. Confianza que se generará combatiendo el desconocimiento. Estudiando, como hemos hecho en este trabajo, los diversos instrumentos de reconocimiento mutuo para perder el miedo a utilizarlos. 3) Y es precisamente en este sentido cómo he decidido cerrar el artículo: reiterando la necesidad de formación de los operadores jurídicos. Porque creo firmemente que cuando conozcan estos instrumentos harán uso de ellos.

1. LA VOLUNTAD DE CREACIÓN DE UNA PROTECCIÓN TRANSNACIONAL, ¿QUÉ FALLÓ DURANTE EL PROCESO?

A lo largo del trabajo ha quedado patente que las medidas legislativas de protección restringidas al ámbito nacional devienen insuficientes en un mundo cada vez más globalizado y es por ello por lo que la creación de la OEP supone un avance en la protección transnacional de todo tipo de víctimas en el ELSJ.

La Directiva OEP surgió a propuesta de la Presidencia Española del Consejo haciendo uso, por primera vez, del mecanismo del procedimiento legislativo ordinario regulado en el artículo 289 TFUE. Pero esto que se presentó como un avance, tal vez fue el detonante para la pérdida de la esencia del propio instrumento. En un primer momento, la presidencia española quiso crear la OEP a imagen y semejanza de la OP española. Pero durante las negociaciones, por la necesidad de contentar al resto de países “socios” en la búsqueda de una OEP, terminó por convertirse en lo que, de acuerdo con el derecho español, denominamos una orden de alejamiento. No pudo crearse un instrumento de protección para las víctimas de violencia de género, que tuvo que ser ampliado a todo tipo de víctimas de delitos. Así, sin desmere-

cer los avances que supuso para el resto de las víctimas de delitos obtener esta protección, una vez más, la lucha contra la violencia de género quedó relegada a un segundo plano.

La creación de este instrumento fue un asunto político que hizo que la Comisión y el Consejo-PE midiesen sus fuerzas. La Comisión, guardiana de los tratados, indicaba que la Directiva OEP solo podría tener medidas penales pero que, dado que las OP nacionales de los distintos Estados miembros son de carácter civil y penal, se quedaría muy corta respecto de sus ambiciosos objetivos iniciales. El Consejo-Parlamento Europeo quiso seguir adelante. Esto hizo que la protección de las víctimas terminase en la “chapuza” jurídica que hoy en día tenemos. Por una parte, un instrumento penal creado por el Consejo-Parlamento Europeo, muy lejano a aquello que en un primer momento pretendió la presidencia española que fuese. Por otra parte, un instrumento civil creado por la Comisión. La Comisión indicó desde un primer momento la conveniencia de que fuese la comisión aquella que regulase tanto el instrumento penal como el instrumento civil, en dos instrumentos diferentes pues, indicaba, tenían base jurídica diferente y para que ambos pudiesen ser un único instrumento deberían modificarse los tratados. No lo vio así ni el Parlamento ni el Consejo, que defendieron la suficiente base jurídica para la creación de la Directiva OEP.

La realidad es que a lo largo de esta lucha de titanes se perdió de vista lo realmente importante: la protección integral de las víctimas. Finalmente, El Parlamento Europeo promulgó la Directiva OEP con solo tres medidas penales, supuestamente basada en el reconocimiento mutuo pero con tantas trabas para su adopción que hace que las víctimas tal vez prefieran iniciar un nuevo procedimiento en el país de destino. Y aquí fue cuando la Directiva OEP perdió toda su esencia. La realidad es que no es un instrumento de reconocimiento mutuo de carácter automático. Además, la LRMRP ha reducido todavía más, si cabe, el reconocimiento automático, estableciendo de manera imperativa la audiencia del causante del peligro para la emisión de una OEP y su posibilidad de recurso. El Reglamento EPM, en cambio, opta por un reconocimiento más directo basado en la cooperación judicial civil.

Esto, sumado a las Decisiones marco de libertad vigilada y de medidas alternativas a la prisión provisional hace que el panorama se complique todavía más para las víctimas y para los operadores jurídicos. Conforme comiencen a utilizarse los instrumentos de la Directiva OEP y el Reglamento EPM observaremos que no solo existe posibilidad de confusión entre éstos, también con las Decisiones marco y, en el caso del Reglamento EPM, con el Reglamento Bruselas II. En definitiva, una amalgama de normas que

complican sobremanera la protección de las víctimas, que en un primer momento pretendió ser “rápida y sencilla”. Observamos que la voluntad política existe, que los Estados miembros tuvieron la sensibilidad necesaria para proponer la creación de una orden europea de protección de víctimas a nivel europeo. Falló la falta de armonización previa que complica sobre manera el reconocimiento mutuo y las negativas, por una parte, de los Estados miembros de no ceder su último reducto de soberanía nacional, y, por otra parte, de la Comisión y el Consejo-Parlamento Europeo a perder la lucha por la creación del que fue el primer instrumento de reconocimiento mutuo surgido tras el Tratado de Lisboa.

2. EL DESCONOCIMIENTO DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN POR PARTE DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

El considerando (31) hace referencia a la necesidad de ofrecer una formación adecuada a los operadores encargados de la emisión y reconocimiento de las OEPs. Este considerando es de suma importancia, pues una de las mayores debilidades de la OEP es el desconocimiento de ésta por parte de los operadores jurídicos. Así, se dan situaciones en las que la víctima sería susceptible de obtener una OEP, pero al no ser ésta informada sobre su derecho no la solicita. Ha habido un “incumplimiento sistemático y extendido del deber promocional de información sobre la Orden Europea de Protección”⁹⁰. GARCÍA RODRÍGUEZ recalca la importancia que debiera ser otorgada a la formación de todos los profesionales que, en el ámbito de la administración de justicia, están llamados a intervenir en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de OEPs para así poder garantizar el éxito de su aplicación en la práctica en una materia tan novedosa y compleja como lo es la protección transnacional de las víctimas. Extremo sobre el que, en opinión del autor, ni la Directiva OEP ni la LRMRP se pronuncian, pero que sería necesario desarrollar. Es por ello por lo que el Reglamento (UE) 1382/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013⁹¹, por el que se establece el programa de Justicia para el periodo 2014 a 2020 podría ser el llamado a desarrollar dicha formación⁹². Al fin y al cabo, éste fue precisamente creado con el objetivo general de “*contribuir a seguir desarrollando el Espacio Europeo de Justicia, basado en el reconocimiento*

⁹⁰ Hernández García, 2019, 44.

⁹¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2013-82979> DOUE núm. 354, de 28 de diciembre de 2013

⁹² García Rodríguez, 2016, 12.

y la confianza mutuos, en particular mediante el fomento de la cooperación judicial en materia civil y penal” (artículo 3).

El citado Reglamento parte de la premisa de que *“la formación judicial es fundamental para impulsar la confianza mutua y la cooperación entre las autoridades judiciales y los profesionales del ámbito de la justicia en los diferentes Estados miembros”*⁹³. Y para ello opta por un concepto amplio de “formación judicial” reconociendo *“que en ésta puede haber distintos participantes, como las autoridades jurídicas, judiciales y administrativas de los Estados miembros, las instituciones universitarias, los organismos nacionales competentes para la formación judicial, las organizaciones o redes de formación de nivel europeo o las redes de coordinadores de órganos jurisdiccionales del Derecho de la Unión. Los organismos y entidades que persiguen un objetivo de interés general europeo en el ámbito de la formación judicial, como la Red Europea de Formación Judicial (REFJ), la Academia de Derecho Europeo (ERA), la Red Europea de Consejos del Poder Judicial (RECPJ), la Asociación de Consejos de Estado y Tribunales Supremos Administrativos de la Unión Europea (ACA-Europe), la Red de Presidentes de Tribunales Supremos de la Unión Europea (RPTSUE) y el Instituto Europeo de Administración Pública (IEAP), deben seguir desempeñando su papel en la promoción de los programas de formación con una genuina dimensión europea destinada a los jueces y a profesionales o personal al servicio de la administración de justicia, y por tanto podrían recibir apoyo financiero adecuado con arreglo a los procedimientos y criterios establecidos en los programas anuales de trabajo adoptados por la Comisión con arreglo al presente Reglamento”*⁹⁴.

Con respecto a la necesidad de formación, SALES se pronunció en los siguientes términos en el año en que finalizó el plazo de transposición de la OEP: “En relación a la OEP, ningún Estado, excepto Eslovaquia, ha realizado cursos, acciones formativas o campañas de información sobre este instrumento, ni para los profesionales implicados, ni para la población en general. No obstante, algunos Estados como Francia prevén informar a las autoridades implicadas en el desarrollo de la OEP; y Estonia quiere realizar algún tipo de campaña de información tanto para los profesionales implicados como para el conocimiento del público en general”. Deviniendo sintomático de lo poco que iba a importar a los Estados el uso de este instrumento de protección de víctimas⁹⁵.

⁹³ Considerando (5).

⁹⁴ Considerando (6).

⁹⁵ Sales, 2015, pág. 158.

En el mismo sentido, el informe del FRA de 2019 indica que los profesionales tienen que ser preparados para reconocer la violencia en la pareja que sufren las mujeres y responder adecuadamente. Este tipo de violencia va a continuar e intensificarse hasta que la policía cierre el círculo. Esta obligación se desprende del artículo 18 de la Directiva de víctimas, que indica que todos los Estados miembros deben asegurarse de que, en cualquier situación en la que sus autoridades tengan conocimiento de que una mujer está expuesta a un riesgo real de violencia por parte de su pareja, exista un sistema de protección adecuado. El artículo 22 de la citada directiva indica que los Estados miembros deben prestar especial atención al riesgo de revictimización de las víctimas de “gender based violence” y de “violence in a close relationship”. Los Estados miembros estamos obligados por el Convenio de Estambul a cumplir con nuestras obligaciones de protección de acuerdo con su artículo 52. Los agentes que tengan conocimiento de una situación de violencia deben reaccionar inmediatamente frente a esta situación haciendo uso de medidas de protección adecuadas. Igualmente, sus quebrantamientos deben ser sancionados con el desvalor que merecen. Esta falta general de conocimiento por parte de los operadores jurídicos deviene en el desconocimiento por parte de las víctimas que podrían beneficiarse de las medidas de protección transnacionales de la existencia de instrumentos al efecto.

3. A MODO DE PROPUESTA: LA FORMACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS PARA COMBATIR EL DESCONOCIMIENTO DEL INSTRUMENTO DE LA OEP

La premisa es simple: no se utilizan los instrumentos que no se conocen. El mayor problema que encontramos al estudiar el instrumento es el desconocimiento generalizado por parte de los operadores jurídicos. No podemos entrar a valorar su acierto o error porque directamente éste es desconocido. Debe apostarse por la formación y la información de los instrumentos europeos de reconocimiento mutuo en general, y la OEP en particular. Desde la UV, en colaboración con el CGPJ y la URV, lanzamos un curso de formación en la OEP para los distintos operadores jurídicos. En un taller en el que se comentaron experiencias exitosas un juez que había dictado diversas órdenes de protección indicó algo tan simple como que conocía el instrumento porque se lo explicaron en la escuela judicial.

Soy optimista respecto al futuro incremento de OEPs pues, una vez explicado el objetivo de éste, los operadores jurídicos lo ven un instrumento útil y optan por su aplicación. Pero no es este un instrumento sencillo de

aplicar, pues no se excluye la posibilidad de confusión con las Decisiones marco de medidas cautelares alternativas a la prisión provisional y de medidas sustitutivas a la prisión ni con el Reglamento EPM. Aunque sus ámbitos, en teoría, están delimitados, es previsible pensar que, en la práctica, estos instrumentos chocarán en algún momento, quedando por delante una importante labor en la interpretación y aplicación de éstos, lo que sin duda nos permitirá detectar las carencias y defectos que este complejo sistema diseña. Así las cosas, la realidad es que tenemos hasta cinco instrumentos que pueden colisionar en su aplicación. Y que ahora somos los diversos Estados miembros los llamados a cooperar para que la aplicación pueda ser real y efectiva. Pero para ello tiene que existir una voluntad de continuar construyendo Europa y creciendo juntos. El juez nacional tiene que sentirse también juez europeo y perder el miedo a aplicar los diversos instrumentos de reconocimiento mutuo. Observamos que desde la Escuela Judicial se está haciendo un esfuerzo por incluir materias relacionadas con el reconocimiento mutuo en la formación de los futuros jueces, y como aquéllos que están accediendo van perdiendo el miedo y construyendo UE usando instrumentos como lo son la OEP. Estos gestos son los que harán que, poco a poco, las legislaciones vayan acercándose.

VIII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA Y CITADA

- Ambos, Kai. 2017. *Derecho Penal Europeo*. España: Thomson Reuters.
- Arangüena Fanego, Coral. 2015. Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 491-535.
- Arangüena Fanego, Coral. 2017. Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 58, 905-939.
- Bachmaier Winter, Lorena. 2011. La Orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad. *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25.
- Blanco-Morales Limones, Pilar. 2014. La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género. *Diario La Ley*, núm. 8427.
- Burchard, Christoph. 2015. Alemania y las órdenes europeas de protección: breves observaciones iniciales. En *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, dir. Martínez García, Elena, 173-181. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cloots, Elke. 2015. *National Identity in the EU Law*. Oxford: Oxford University Press.

- De Hoyos Sancho, Montserrat. La orden europea de protección de víctimas desde la perspectiva española. <https://docplayer.es/66723528-La-orden-europea-de-proteccion-de-victimas-desde-la-perspectiva-espanola-1-montserrat-de-hoyos-sancho.html> (Consultado el 22 de octubre de 2020)
- De Luis García, Elena. 2019. *El derecho al Medio Ambiente. De su tutela penal a la respuesta procesal*, Tirant lo Blanch: Valencia.
- Díaz Pita, M^a Paula. 2014. Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal. Orden Europea de Investigación en materia penal (OEI): La investigación y obtención de pruebas transfronterizas en la Unión Europea. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2.
- Dutta, Anatol. 2016. Cross-border protection measures in the European Union. *Journal of Private International Law*, vol. 12, núm. 1, págs. 169-184.
- Etxebarria Estankona, Katixa. 2018. El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación. En *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, dirs. Etxebarria Estankona, Katixa; Ordeñana Gezuraga, Ixusco; Otazuza Zabala, Goixeder. Valencia: Tirant lo Blanch, 385-408.
- Flore, Daniel, Stéphanie, Bosly, Honhon, Amandine, Maggio, Jacqueline. 2012. *Probation Measures and Alternatives Sanctions in the European Union*, Intersentia. Cambridge-Antwerp-Portland.
- García Rodríguez, Manuel José. 2015. Aplicación de la Orden Europea de Protección a las víctimas en el sistema de justicia penal español a través de la ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 37.
- García Rodríguez, Manuel José. 2016. “La orden europea de protección a la luz de la Ley 23/2014, sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: emisión y ejecución en España”, *La Ley Unión Europea*, núm. 41.
- Gómez Amigo, Luis. 2017. La Orden Europea de Protección y su aplicación en España. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 43.
- Gonçalves De Melo Marinho, Carlos Manuel. 2013. Mutual recognition of protection measures in civil matters. Directorate-General for internal policies. Policy department Citizens’ rights and constitutional affairs C. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462495/IPOL-JURI_NT\(2012\)462495_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462495/IPOL-JURI_NT(2012)462495_EN.pdf) (Consultado el 22 de octubre de 2020).
- González Cano, M^a Isabel. 2019. Garantías del investigado y acusado en orden a la obtención, cesión y tratamiento de datos personales en el proceso penal. A propósito de la Directiva (UE) 2016/680 y su impacto en materia de prueba penal. En: *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, dir. González Cano, M. Isabel. Valencia: Tirant lo Blanch, 98-154.
- González Cano, M^a Isabel. 2003. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en el ámbito comunitario. *InDret*.

- Heim, Daniela. 2010. Acceso a la justicia y violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44.
- Hernández García, Javier. 2019. “Notas sobre la Directiva 2011/99, reguladora de la orden europea de protección”, en *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, dir. Martínez García, Elena. Valencia: Tirant lo Blanch: 43-60.
- Kamber, Krešimir. 2017. *Prosecuting Human Rights Offenses. Rethinking the Sword Function of Human Rights Law*. Boston: Brill Leiden.
- Klimek, Libor. 2017. *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer.
- Lorente Acosta, Miguel. 2019. “La valoración del riesgo en violencia de género como instrumento para mejorar la eficacia de la orden europea de protección”, en *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, dir. Martínez García, Elena. Valencia: Tirant lo Blanch, 147-158.
- Martínez García, Elena. 2015. La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. En: *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, dir. Martínez García, Elena. Valencia: Tirant lo Blanch, 40-58.
- Martínez García, Elena. 2016. *La orden europea de investigación. Actos de Investigación, Ilícitud de la prueba y Cooperación judicial transfronteriza*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez García, Elena. 2019. *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Peralta Gutiérrez, Alfonso. 2019. “Taller Práctico emisión Orden Europea de Protección”. En: *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, dir. Martínez García, Elena. Valencia: Tirant lo Blanch, 61-74.
- Rodríguez Lainz, José Luis. 2012. “La orden europea de protección (crónica de un fracaso anunciado)”, *Diario La Ley*, núm. 7854.
- Rodríguez-Medel Nieto, Carmen. 2016. *Obtención y Admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*. España: Thomson Reuters.
- Sales, Mercé. 2015. “La formación de los profesionales y los protocolos y planes de acción”. En: *La Orden Europea de Protección: Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, dir. Freixes, Teresa, Román, Laura. España: Tecnos, 156-167.
- Sanz Álvarez, Ana Cristina. 2019. “La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género: La protección de las víctimas en el ámbito de la Unión Europea. Perspectiva del Ministerio Fiscal”, En: *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, dir. Martínez García, Elena. Valencia: Tirant lo Blanch, 85-94.

- Scherrer, Amandine; Cerrato, Elisabet; Freixes, Teresa; Lufti, Mariam; Merino, Victor; Oliveras, Neus; Román, Laura; Steible, Bettina; Torres, Núria. 2017. “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *EPRS*, 2 [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU\(2017\)603272_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU(2017)603272_EN.pdf) (Consultado el 22 de octubre de 2020).
- Serrano Masip, Mercedes. 2018. “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”. En: *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, dir. Etxebarria Estankona, Katixa, Ordeñana Gezuraga, Ixusco, Otauzza Zabala, Goixeder. Valencia: Tirant lo Blanch, 409-428.
- Tamarit Sumalla, Josep. 2013. “La Política europea sobre las víctimas de delitos”. En: *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la unión europea*, dir. De Hoyos Sancho, Montserrat. Valencia: Tirant lo Blanch, 31-48.
- Tinoco Pastrana, Ángel. 2018. La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordenamiento español. *Rivista Quadrimestrale on line sullo Spazio Europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, núm. 3, 116-145.
- Van Der Aa, Suzan; Niemi, Johanna; Sosa, Lorena; Ferreira, Ana; Baldry, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *Daphne*, <http://poems-project.com/wp-content/uploads/2015/04/Intervict-Poems-digi-1.pdf> (Consultado el 22 de octubre de 2020).
- Van Der Aa, Suzan; Ouwerkerk, Jannemieke. 2011. The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 19, 267-287.
- Vegas Aguilar, Juan Carlos. 2017. Algunos aspectos conflictivos sobre la ejecución de la Orden Europea de Protección con otros instrumentos de reconocimiento mutuo. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico sobre Derecho y Verdad*, núm. 22, 140-157.
- Vervaele, John A. E. 2009. “De Eurojust a la fiscalía europea en el espacio judicial europeo. ¿El inicio de un derecho procesal penal europeo?” En: *La futura Fiscalía Europea*, dirs. Espinosa Ramos, Jorge A.; Vicente Carbajosa, Isabel. España: Ministerio de Justicia, 133-171.
- Vidal Fernández, Begoña. 2014. “Capítulo IV (1) Instrumentos procesales. Protección de las víctimas en el proceso penal”, en *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia. Hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*. Coord. Jimeno Bulmes, Mar. España: Comares, 153-174.

IX. JURISPRUDENCIA

- STJUE, Asunto 186/87, Ian William Cowan contra Trésor public, de 2 de febrero de 1989 (ECLI:EU:C:1989:47).
- STJUE, Asunto 164/07, James Word contra Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres intractions, de 5 de junio de 2008 (ECLI:EU:C:2008:321).

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*




www.tirantonline.com


Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com

Anulación de las absoluciones penales y el subterfugio a los límites de la apelación: la conveniencia de su reformulación

Ricardo Juan-Sánchez

El realismo mágico del nuevo proceso civil

Sonia Calaza López

Tribunales de justicia y autoridades de la competencia tras la directiva ECN+

Jesús Miguel Hernández Galilea

La respuesta ante la falta de cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea. Reflexiones al hilo de las denegaciones reiteradas en la ejecución de las ODE en el caso Procés

Alejandro Hernández López

Despegándose del litigio: el necesario impulso de la mediación intrajudicial en el proceso contencioso-administrativo

Tomás Farto Piay

Aristas en la implementación de la directiva 2011/99/UE reguladora de la orden de protección europea

Raquel Borges Blázquez